

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5139/05

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' א' לוי

העותרים :

1. פלאח מיצלח אחמד שאיב, ראש מועצת הכפר בית ליד
2. עבר אלרחמאן עבד אלרחים סלמאן, ראש מועצת הכפר ראמין
3. נועמאן מוצטפא נאסר דרובי, ראש מועצת הכפר שופה
4. זיאד מוסא ג'בעיתי, ראש מועצת הכפר אללבד
5. עמאד עבד אלרחים עבד אלפתאח סלאח
6. סלים מחמוד סאלם עומר
7. עמאד סאמי עבד אלעזיז סלמאן
8. אבו בכר עבד אלפתאח אחמד חאמד
9. זכי עבד אלעזיז יוסף דרובי
10. חמדאן טאהר מוחמד רג'ב

נ ג ד

המשיבים :

1. מדינת ישראל
2. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

י"ז בשבט התשס"ז (05.02.2007)

בשם העותרים :

עו"ד ויאם שביטה ; עו"ד פתחי שביטה

בשם המשיבים :

עו"ד יובל רויטמן

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

האם "מרחב ההגנה" ("שטח ביטחוני מיוחד") אותו מבקשים המשיבים להקים סביב היישובים אבני חפץ ועינב שבצפון השומרון בתוואי ששונה מאז הגשת העתירה הינו כדין? זוהי השאלה שנותרה להכרעה בעתירה שלפנינו.

1. הישובים עינב ואבני חפץ הם ישובים ישראלים בצפון השומרון, השוכנים זה בסמוך לזה. באבני חפץ מתגוררים כאלף תושבים ובעינב כחמש-מאות תושבים. בקרבם שוכנים מספר כפרים פלסטינים. היישובים מוקפים באדמות חקלאיות של הכפרים הפלסטינים, הנטועות עצי זית. המשיבים מסרו כי בשנים האחרונות אירעו באזור אירועים חבלנים רבים, לרבות ירי, הטלת מטענים וזריקת אבנים. באחד האירועים חדר מפגע פלסטיני לאבני חפץ, רצח אדם ופצע שניים נוספים. על רקע מציאות ביטחונית זו החליטו המשיבים להקים מסביב לישובים שטחי ביטחון מיוחד (שב"מ) אשר יהוו מרחבי הגנה לישובים. תכלית מרחב ההגנה הינה למנוע, ככל שניתן, חדירת מחבלים ליישוב ולמנוע ירי לעבר הבתים הקיצוניים, וכן, במקרים בהם נפרצת הגדר, לספק התרעה לכוחות הביטחון שתאפשר להם זמן פעולה על מנת ללכוד את החודרים קודם שיגיעו לבתי היישוב. מרחב ההגנה כולל מרכיבי ביטחון שונים, ובהם גדר אלקטרונית-אינדיקטיבית ודרך ביטחון. הגדר נבנית במרחק מסוים מבתי היישוב, כדי לאפשר זמן תגובה לכוחות הביטחון.

2. לצורך הקמת השב"מ סביב אבני חפץ הוציא המשיב 2 (ביום 31.3.2005) צו תפיסת מקרקעין מס' 77/05, הכרזה בדבר סגירת שטח 05/05' וצו בדבר איסור בניה מס' 05/05. צו התפיסה הורה, במקורו, על תפיסה של רצועת קרקע מסביב לאבני חפץ בשטח כולל של 144.6 דונם, של הכפרים אל לבד ושופא. בתוך מרחב ההגנה נותרו 535 דונם בבעלות פרטית של פלסטינים, מתוכם כ-280 דונם מטעי זיתים וכ-106 דונם של עיבודי פלחה. הגדר מסביב לאבני חפץ תוכננה להיבנות במרחק של כ-400 מטר מבתי היישוב הדרומיים והמערביים. בקצה הצפון-מערבי תוכננה הגדר לעבור במרחק של כ-800 מטר מבתי היישוב. בקצה הצפון-מזרחי עבר התוואי המתוכנן במרחק של כ-1,500 מטר מבתי היישוב עצמו, תוך הקפת מאחז בלתי-מאושר המצוי מזרחית ליישוב.

3. לצורך הקמת השב"מ סביב עינב הוציא המשיב 2 (ביום 31.3.2005) צו תפיסת מקרקעין מס' 68/05 ת, הכרזה בדבר סגירת שטח 03/05 ס' וצו בדבר איסור בניה מס' 03/05. צו התפיסה הורה, במקורו, על תפיסה של רצועת קרקע מסביב לאבני חפץ בשטח כולל של 134.7 דונם, של הכפרים אל לבד, רמין ובית ליד. בתוך מרחב ההגנה נותרו כ- 213 דונם של קרקע פרטית, מתוכם כ-90 דונם מטעי זיתים וכ-100 דונם של עיבודי פלחה. הגדר מסביב לעינב תוכננה לעבור במרחק של כמאה עד מאתיים מטר מבתי היישוב הקיצוניים ממזרח, ובמרחק של כ-400 מטר מבתי היישוב הקיצוניים מדרום וממערב. מצפון ליישוב תוכנן תוואי המתרחק כ-800 מטר מבתי היישוב, ומקיף מאחז צבאי זמני הנמצא שם.

4. בעתירה, שהוגשה ביום 29.5.2005, נתבקש ביטולם של כל הצווים שהוצאו לשם הקמת השב"מ. עמדת העותרים – ראשי הכפרים הפלסטינים ובעלי הקרקעות בהן מוקם השב"מ – היא שהקמת שב"מ סביב התנחלויות אינה חוקית ושתוואי השב"מ אינו מידתי. הדבר נוגד את המשפט הבינלאומי המנהגי וכן פוגע פגיעה קשה באדמות חקלאיות פרטיות של פלסטינים. ביום 14.6.2005 התקיים דיון בעתירה (בפני הרכב השופטים א' ברק, מ' חשין וד' ביניש). הדיון התמקד בבקשת העותרים לצו ביניים שימנע ביצוע העבודות באזור. בתום הדיון נרשמה הודעת המשיבים לפיה לא ייעקרו עצים ולא ייהרסו טרסות במהלך ביצוע העבודות. המשך הדיון בעתירה לגופה נדחה עד לאחר מתן פסק הדין בפרשת אלפי מנשה (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם)). ביום 10.11.2005 ביקשו המשיבים להשתחרר מהתחייבות שלא לעקור עצים או להרוס טרסות. המשיבים ציינו כי שבו ובחנו את תוואי השב"מ ומצאו כי ניתן לתקן את התוואי במספר מקומות, על מנת למזער את הפגיעה בתושבים הפלסטינים. על פי התיקון המוצע באבני חפץ, הגדר מצפון תעבור בסמיכות רבה יותר לבתי הישוב, ואילו הגדר מדרום-מערב תורחק מבתי הישוב, תוך צמצום ניכר של מספר עצי הזית שהעתקתם תידרש. התיקון המוצע בעינב היה קירוב הגדר בחלק הצפון-מזרחי ובחלק הצפון-מערבי לעבר בתי הישוב.

5. בקשת המשיבים לאפשר להם לפעול למימוש הצווים נדונה ביום 26.12.2005 (בפני השופטים א' ברק, ד' ביניש וא' פרוקצ'יה). המשיבים עמדו על הצורך הביטחוני החיוני בהשלמת העבודות באזור. צורך זה נעשה דוחק עוד יותר לאחר פינוי יישובי צפון השומרון במסגרת תכנית ההתנתקות, שכן היישובים עינב ואבני חפץ הם כעת היישובים הישראליים הצפוניים ביותר באזור השומרון, והם חשופים לסיכון ביטחוני מוגבר. החלטנו כי ביחס לשב"מ סביב אבני חפץ, יהיו המשיבים רשאים לפעול

למימוש צו התפיסה מסביב לבתי היישוב עצמו, מצפון, מדרום, וממערב. המשיבים לא יהיו רשאים לפעול לבניית הגדר ממזרח המקיפה את המאחז הבלתי-מורשה. המשיבים יהיו רשאים לפעול לחיבור הגדר מצפון ומדרום בתוואי שיעבור בקו ישר, בקירוב. ביחס לגדר סביב עינב, החלטנו כי המשיבים יהיו רשאים לפעול למימוש צו התפיסה מסביב לבתי היישוב עצמו, ממזרח, ממערב, ומדרום. המשיבים לא יהיו רשאים לפעול לבניית הגדר מצפון המקיפה את המאחז הצבאי הזמני. המשיבים יהיו רשאים לפעול לחיבור הגדר בתוואי שיחבר בקו ישר, בקירוב, את הגדר ממזרח וממערב.

6. בעקבות החלטת בית המשפט בבקשה למתן צו ביניים, המשיבים שבו ובחנו את תוואי השב"מ בשני היישובים, על מנת לנסות למזער את הפגיעה בתושבים הפלסטינים, תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים שונים. בבחינה הנדסית וטכנולוגית שנערכה לגבי היישוב עינב, עלה כי ניתן להגן על החלק הצפון-מזרחי של היישוב ועל המחנה הצבאי הסמוך לו באמצעות שב"מ טכנולוגי (הגנה אלקטרונית באמצעות מכ"ם ללא חסימה פיזית). השב"מ הטכנולוגי לא יפגע באדמות פרטיות ולא ימנע גישה לאדמות המעובדות המצויות במרחב ההגנה. האמצעים הטכנולוגיים יוצבו על אדמות מדינה מוכרזות, בתחום תכנית המתאר המאושרת לתוקף של עינב. המשיבים ציינו כי עצם ההגנה על מרחב המחנה הצבאי נדרשת אפילו לא היה במקום מחנה צבאי, בשל השליטה בתצפית ובאש שיש לתא שטח זה על היישוב עינב. בדיקה הנדסית ביחס ליישוב אבני חפץ העלתה כי למעט ביחס לאזור שמדרום ליישוב, ניתן להקים שב"מ טכנולוגי שיתן הגנה מספקת ליתר חלקי היישוב. מדרום ליישוב, לאורך 1.3 ק"מ, לא ניתן להסתפק בשב"מ טכנולוגי ונדרש שב"מ הנדסי (גדר) בשל מטעי זיתים צפופים. המשיבים הבהירו כי במרחב ההגנה ייכלל גם המאחז הבלתי מורשה, מכיוון שהוא ממוקם באיזור השולט בתצפית ובאש על היישוב אבני חפץ. מרבית האמצעים הטכנולוגיים יוצבו על אדמות מדינה ומקצתם באדמות פרטיות. הדבר יחייב תפיסת מטרים ספורים בלבד של מקרקעין. לצורך יישום שינויים אלה תוקנו (ביום 16.1.2007) הצווים שהוציא משיב 2. לגבי עינב, צו 68/05/ת' (הארכה ותיקון גבולות שני) צמצם את השטח הכולל הנתפס לצורך הקמת שב"מ ל-43 דונם. אשר לאבני חפץ, צו 77/05/ת' (הארכה ותיקון גבולות שני) צמצם את השטח הנתפס סביב היישוב ל-11 דונם בלבד.

7. קיימנו דיון בעתירה ביום 5.2.2007. בדיון הבהירו העותרים כי חרף התיקונים בתוואי השב"מ, הם עומדים על העתירה. לטענתם, הצווים של משיב 2 עודם בלתי חוקיים, בהיותם נוגדים את החוק הבינלאומי ופוגעים קשות ברכושם ובמרקם חייהם של התושבים הפלסטינים. נטען כי אין בתיקונים כדי להפחית באופן משמעותי מן

הפגיעה בעותרים. זאת בשל עצם תפיסת השטחים לצורך הצבת האמצעים הטכנולוגיים ושמירה עליהם, ובשל הותרתם בתוקף של צווי סגירת השטח וצווי איסור הבנייה. המשיבים, מצידם, טוענים כי לאור מזעור הפגיעה בתושבים הפלסטינים, דין העתירה להידחות. הם עומדים על הצורך הביטחוני החיוני שבהקמת השב"מ ועל היותו סביר ומידתי. הקמת השב"מ תחייב תפיסה של שטח קרקע מצומצם. עבור הקרקעות הנתפסות ישולמו דמי שימוש ופיצויים ראויים. תתאפשר כניסתם של החקלאים הפלסטינים לאדמותיהם. בדיון ציין בא-כוח המשיבים כי באבני חפץ בוטל הצו לסגירת השטח. לפיכך, החקלאים הפלסטינים יוכלו להיכנס למרחב ההגנה ללא צורך בהיתר. בא-כוח המשיבים התחייב כי במידת הצורך יוקם שער חקלאי גם בשב"מ ההנדסי שמדרום לאבני חפץ. באשר לעינב, הכניסה לאדמות החקלאיות באזורים בהם מוקם שב"מ הנדסי תבצע באמצעות שלושה שערים (שער הישוב ושני שערים חקלאיים) בהתאם לנוהל המקובל לגבי כניסה לשב"מים.

8. העתירה, אשר הונחה בפני בית המשפט בשנת 2005, איבדה זה מכבר את צביונה המקורי. מאז חל שינוי משמעותי במתכונת השב"מ סביב אבני חפץ וסביב עינב. עיקר הפגיעה בתושבים הפלסטינים הוסרה. דין העתירה, משהגיעה לשלב הנוכחי, להידחות. את הטענה העקרונית של העותרים בעניין עצם הקמתו של שב"מ סביב התנחלויות אין בידנו לקבל. ואילו הטענות הספציפיות שהועלו על ידי העותרים לעניין מידתיות הפגיעה בהם מיצו עצמן, לאור התיקונים שנעשו בשב"מ, והמעבר משב"מ הנדסי לשב"מ טכנולוגי בחלקים גדולים של התוואי.

9. לעניין הטענה העקרונית לעצם הקמתם של שב"מים סביב ההתנחלויות, הרי שנקבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות, משיקולים ביטחוניים-צבאיים, על הקמת גדר ביטחון באזור יהודה ושומרון (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807; פרשת אלפי מנשה; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)). על פי העקרונות שהותוו באותם פסקי דין, המפקד הצבאי מוסמך לתפוס לשם כך חזקה במקרקעין, לרבות מקרקעין בבעלות פרטית. סמכותו של המפקד הצבאי כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים ביישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקאות 18-22; בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) פסקאות 8-10, להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה); בג"ץ 1348/05 ראש עיריית סלפית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 20; בג"ץ 5624/06 עיריית בית אומר נ' המפקד הצבאי בגדה

המעורבות (טרם פורסם)). שאלת חוקיותה של ההתיישבות הישראלית באזור אינה משליכה על חובתו של המפקד הצבאי להגן על חייהם וביטחונם של המתישבים הישראלים. אכן, שאלת חוקיות ישיבתם של התושבים הישראלים בעינב ובאבני חפץ 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 המתישבים הישראלים. שמירת בטחונם מוטלת על שכמו של המפקד הצבאי והוא מוסמך להקים שב"מים לצורך כך.

10. אשר לשאלת המידתיות של תוואי השב"מ, אין חולק כי את הסמכות להקים שב"מ על המפקד הצבאי להפעיל במידתיות, תוך איזון בין שלושה שיקולים מרכזיים: השיקול הביטחוני-צבאי; שמירת זכויותיהם של התושבים הפלסטינים שהנם "תושבים מוגנים"; שמירת זכויותיהם של הישראלים הגרים בישובים הישראלים באיזור (ראו, פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 8-10; פרשת בית אריה, פסקה 8). לאחר שמיעת טענות הצדדים, ולאחר שעיינו בחומר שהונח לפנינו, הננו סבורים כי בנסיבות העניין, לאחר ששונה בחלקו האמצעי שנבחר וצומצם התוואי שנקבע מלכתחילה להקמת השב"מ, ערך המפקד הצבאי איזון נאות בין צרכי הביטחון, זכויות התושבים הפלסטינים (המוגנים) וזכויות הישראלים, והאיזון הוא מידתי. מקובלת עלינו עמדתו לפיה השב"מ ומרחב ההגנה שהוא יוצר נחוצים על מנת לספק ליישובים אבני חפץ ועינב את ההגנה הביטחונית הנדרשת מפני חדירת מחבלים ומפני פעילות 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 בלבד מכל עבריהם של שני היישובים, בשל הטופוגרפיה והתכסית של השטח. 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. מנגד, הפגיעה בעותרים אינה כה קשה וחמורה עד שאין היא מידתית. לצורך בניית הגדרות עצמן נתפסים שטחי קרקע קטנים יחסית. תמורת שטחים אלה מוכנים המשיבים לשלם פיצוי הולם. השב"מ הטכנולוגי לא יחסום את החקלאים מהגישה לאדמותיהם. בתוואי השב"מ ההנדסי בעינב יכללו שערים חקלאיים דרכם תתאפשר הגישה לאדמות החקלאיות שיוותרו מצידה הפנימי. תוואי השב"מ מקיף את היישובים הישראלים. 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 בהקמת השב"מים סביב עינב ובאבני חפץ.

העתירה נדחת.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ד' באדר התשס"ז (22.02.2007).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה