

המוקד להגנת הפרט מיסודה של דר' לוטה זלצברגר
ע"י עו"ד אביגדור פלדמן ואח'
רח' סימטת בית השואבה 6, ת"א
טל: 03-5608833 פקס: 03-5607176

העותר

אביגדור פלדמן, עו"ד
1-01-2004
נתקבל

- נ ג ד -

1. ממשלת ישראל
2. ראש ממשלת ישראל – מר אריאל שרון
3. שר הביטחון - מר שאול מופז
4. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
ע"י פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. עניינה של העתירה בבקשת העותר, כי יבוטלו החלטות על בניית מספר קטעים של גדר ההפרדה (להלן – המכשול), וכי תבוטל הכרזת על סגירת שטח חנוגעת לאזור הקרוי "מרחב התפרי". הקטעים שאת ביטול הקמתם מבקש העותר הם:
 - א. מכשול משני בשבע מובלעות המצויות לאורך שלב א' של המכשול;
 - ב. מכשול מאל-מוטילה ועד תייסיר בחלקו המזרחי של שלב ב' של המכשול;
 - ג. קטעי המכשול החורגים מן "הקו הירוק" בתוואי שלב ג' ו-ד' של המכשול.
2. בקשת העותר לצו בנייים שימנע את הקמת הקטעים האמורים של המכשול נחתה על ידי בית המשפט הנכבד.
3. מן הטעמים שיפורטו להלן יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.

רקע עובדתיכללי – על מהות הסכסוך הנוכחי בין ישראל והצד הפלסטיני

4. כידוע, מאז שנת 1967 החזיקה ישראל בשטחי יהודה ושומרון (להלן – האזור) בתפיסה לוחמתית, וזאת כתוצאה ממלחמת ששת הימים. בשנת 1993 החלה ישראל בתהליך מדיני עם אש"ף, ובמסגרתו נחתמו מספר הסכמים שהעבירו את השליטה בחלקים מהאזור לידי הרשות הפלסטינית. ישראל ואש"ף הוסיפו לנהל ביניהן משא ומתן מדיני בניסיון לפתור את הבעיות שנותרו על הפרק, אולם המשא ומתן, שהתנהל בשלבי הסיום שלו בקמפ-דיויד, כשל בחודש יולי 2000.
5. זמן קצר לאחר כשלון שיחות קמפ-דיויד, הסכסוך הישראלי-פלסטיני, אשר ידע גם בעבר תקופות של אלימות, הגיע לשיאים חדשים של אלימות. בחודש ספטמבר 2000, החליט הצד הפלסטיני לעבור למתקפת טרור אכזרית על ישראל וישראלים. מתקפה זו מנוהלת מאז ועד היום על ידי ארגוני הטרור הפלסטיני בתמיכה מסיבית של החברה האזרחית הפלסטינית, ושל אירגוני טרור חיצוניים כגון החיזבאללה, ומדינות אויב. ההכוונה לעימות מזוין זה באה, בין היתר, מצד ההנהגה הפלסטינית.
6. פיגועי הטרור התרחשו ומתרחשים הן באזור והן במדינת ישראל. הם מופנים נגד אזרחים וחילים, גברים ונשים, זקנים וטף, אזרחים מהשורה ואישי ציבור. פיגועי הטרור מבוצעים בכל מקום ואתר ובכלל זה בתחבורה ציבורית, מרכזי קניות ושווקים, בתי קפה ומסעדות ועוד.
7. ארגוני הטרור עושים שימוש בפיגועי הטרור באמצעים מגוונים ביותר, כאשר המכנה המשותף היחיד לכולם הוא קטלנותם ואכזריותם. בין אמצעים אלה ניתן למנות פיגועי ירי, פיגועי התאבדות, ירי פצצות מרגמה, ירי רקטות, שימוש במכונות תופת ועוד. מאז ספטמבר 2000 ועד היום בוצעו בתחומי מדינת ישראל למעלה מ-780 פיגועים. באותה תקופה בוצעו באזור יהודה ושומרון למעלה מ-8200 פיגועים. אלפי פיגועים בוצעו גם ברצועת עזה.
8. העימות המזוין גבה עד היום את חייהם של למעלה מ-900 מאזרחי המדינה ותושביה, והביא לפציעתם של יותר מ-6000 אחרים. פצועים רבים הפכו לנכים קשים ביותר. אין חולק כי גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזוין להרוגים ופצועים רבים.
9. על מאפייניו היחודיים של עימות זה עמד כ"ב הנשיא ברק בבג"צ 7015/02 עג'וזי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3) 1021, באומרו:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזויין. במסגרתו בוצעו כ- 14,000 פיגועים נגד החיים, הנוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ- 600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ- 4,500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. המוות והפגיעות היו גם מנת חלקם של הפלסטינים. רבים מהם נהרגו ונפצעו מאז ספטמבר 2000. זאת ועוד: בחודש אחד בלבד - הוא חודש מרס 2002 - נהרגו 120 ישראלים בפיגועים ומאות נפצעו. מאז מרס 2002 ועד לכתבתו של פסק דין זה, נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ- 1,500. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מזים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסייה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט. מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מציאות זו מצאה לא פעם את זרכה לבית משפט זה..."

פעולות הסרור המבוצעות מן הצד הפלסטיני, לרבות על ידי אנשים הנמנים על כוחות הבטחון השונים של המועצה הפלסטינית הביאו לנקיטת שורה ארוכה של צעדים בטחוניים בעלי דרגות חומרה שונות. דברים אלו באו לחי ביטוי גם בפסק הדין בבג"צ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, שלא פורסם:

"מזה תוזשים אחדים שבאזור יהודה ושומרון ובתבל עזה מתרחשים אירועי לחימה של ממש: ירי אש חיה לעבר ישראלים וחיללי צה"ל, הנחת מטעני חבלה בצדי דרכים, השלכות בקבוקי תבערה ורימונים, החדרת מכוניות תופת לישראל, רצח ישראלים או פגיעה בישראלים הנכנסים לשטח A"

10. מהאמור לעיל עולה, כי המצב הנוכחי חקיים בין ישראל והצד הפלסטיני הוא מצב שבו מתרחשים, הן בשטחים והן בישראל, אירועי לחימה של ממש. זהו מצב של "armed conflict" או בתרגום לעברית - "עימות מזוין" או "סכסוך מזוין" כפי שנקבע בפסק דין עגיוני.

11. גם אומות העולם הכירו במאבק נגד טרור כמקביל למאבק צבאי נגד מדינות תוקפניות; הן הכירו במתקפה של ארגון טרור כיהתקפה מזוינת המסכנת את השלום והבטחון הבינלאומיים (ראו - החלטת מועצת הבטחון מס' 1373 מספטמבר 2001); ארצות הברית שנפגעה ישירות מהמתקפה בספטמבר 2001 אף הכריזה פורמלית על קיומו של עימות מזוין בינה לבין ארגון הטרור שפגע בה.

במהלך המאה העשרים נתגבש והוטבע מונח חדש במשפט הבינלאומי, אשר ייעודו היה לכלול כל מצב של סכסוך אלים (מוכרו או שאינו מוכרו) אשר מעורבת בו לפחות מדינה אחת. מונח זה הוא "עימות מזוין". בעקבות התפתחות זו הרי שהמונח השגור היום לתיאור מצבי לחימה מסוגים שונים הינו המונח "עימות מזוין", הכולל היום מצבים של סכסוכים מזוינים שונים, נוספים, שאינם עולים כדי מלחמה.

לצורך הנוחות נתייחס למצב זה מכאן ואילך בעברית במונח "עימות מזוין".

ההחלטות על הקמת הממשל

12. עיקר הפיגועים עד תודש מרץ 2001 היו בריכוזי אוכלוסיה בישראל. כתוצאה מכך הוטל בחודש אפריל 2001 על ראש המועצה לביטחון לאומי לרכז עבודת מטה להקמת ממשל שיסייע לכוחות הביטחון לעצור את הפיגועים. עבודת המטה נמשכה כשנה. במהלך שנת 2002, ובמיוחד עם גבור גל פיגועי ההתאבדות בחודשים מרץ-אפריל 2002, התברר כי ללא הקמתו אמצעי הגנתי של חץ פיזי, היינו - מכשול רצוף, בין מרבית התושבים הפלסטינים באזור לבין ישראל והישראלים החיים באזור - לא ניתן יהיה לספק הגנה מפני מחבלים מתאבדים ופיגועים אחרים.

13. בחודש אפריל 2002 הוצגה לממשלה תכנית להקמת מכשול. בחודש יוני 2002 החליטה הממשלה על הקמת שלב א' של מכשול בשלושה קטעים בין ישראל והאזור - מכפר סאלם דרומה עד אלקנה - כ-120 ק"מ, ושני קטעים בצפון ירושלים ובדרומה, כ-22 ק"מ אורכם. הקמת שלב א' הסתיימה ברובה בחודש יולי 2003.

14. תיאור ההחלטה בדבר הקמתו של המכשול פורט בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 8172,8532/02 אבדאהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם) כדלקמן:

"ההחלטה להקים את נדר ההפרדה התקבלה ביום 14.4.02 על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי במטרה לשפר ולחזק את ההערכות והיכולות המבצעיות במסגרת התמודדות עם הטרור, וכדי לסכל, לשבש ולמנוע חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל. החלטה זו אושרה לאחר דיון בממשלה ביום 23.6.02 בו הוחלט על הקמת מכשול באורך של 116 קילומטר, בעיקר באזורים הרגישים אשר דרכם הדרו פעמים רבות מתבלים זורעי הרס ודם לשם ביצוע פיגועי טרור. התואי הסופי של המכשול נבחר על ידי גורמים ביטחוניים וצבאיים בשיתוף עם גורמים מקצועיים ואושר על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ב-14.8.02.

מרחב התפר נועד לחסום מעבר של מתבלים מתאבדים ומתבלים אחרים לתחומי מדינת ישראל. על פי תפיסתם של הגורמים הביטחוניים והצבאיים המופקדים על הנושא, יצירת מרחב התפר הינו מרכיב מרכזי בלחימה בטרור שמקורו באזור יהודה ושומרון. אם וככל שלא יהיה במחסום המוקם משום חסימה מוחלטת מפני חדירת מתבלים, הרי תכליתו של המכשול היא לעכב חדירה לישראל לפרק זמן שיאפשר הגעת הכוחות למקום החדירה, וכך ליצור מרחב ביטחון גיאוגרפי שיאפשר לכוחות הלוחמים לבצע מרדף אחר מתבלים בטרם כניסתם לתחומי המדינה.

אין ספק שהקמת מרחב התפר פוגעת בתושבים הפלסטינים שבאזור המרחב. לצורך הקמת המכשול יותפסו ונתפסו אדמות חקלאיות ועלולה להיגרם פגיעה משמעותית ביכולתם של התושבים לנצל קרקעות שברשותם, עלולה גם להיפגע נגישותם לקרקע. פגיעה זו היא כורח השעה והיא תוצאה של

מצב הלחימה בו נתון האזור כבר למעלה משנתיים- מצב שעלה בחיי אדם מרדבים."

15. בחודש דצמבר 2002 אישרו ראש הממשלה ושר הביטחון את שלב ב' של המכשול מכפר סאלם מזרחה ועד הירדן, שאורכו כ-60 ק"מ, וכן שלוחה מהר אבנר (בסמוך לכפר אל-מוטילה) בדרום הגלבוש ועד לכפר תייסיר. לצוין כי ביצועו של שלב ב' מכפה סאלם לירדן אמור להסתיים בחודש מרץ 2004.

לגבי השלוחה מהר אבנר (אל מוטילה) ועד כפר תייסיר, הנושא אושר בהחלטת ממשלה מיום 1.10.03, אך הוא עדיין נמצא בבדיקה וטרם הוצאו לגבי צווים לתפיסת מקרקעין.

16. ביום 5.9.03 קיבלה ועדת השרים לענייני ביטחון החלטה על הקמת שלב ג' של המכשול באזור עוטף ירושלים (למעט אזור מעלה אדומים), ובאורך כולל של 64 ק"מ. לגבי חלקים מתוואי זה, באורך של כ-14 ק"מ מכפר מזמוריה ועד א-זעים, הוצאו צווים לתפיסת מקרקעין, אשר נמסרו למחזיקים במקרקעין והוגשו השגות ואף הוגשו מספר עתירות לבג"צ. לגבי חלקים אחרים של התוואי טרם יצאו צווים לתפיסת מקרקעין, שכן עדיין נמשכים הליכי תכנון של התוואי.

17. ביום 1.10.03 התקבלה החלטת ממשלה לגבי שלבים ג' ו-ד' של המכשול בה נקבע כדלקמן:

"א. הממשלה חוזרת על החלטתה בדבר השיבותו העליונה של הקמת "מרחב התפר" ומדגישה את הצורך הבטחוני בביצוע המשך הקמת המכשול ב"מרחב התפר" ו-עוטף ירושלים".

ב. בהמשך לנ"ל:-

(1) לאשר המשך הקמת המכשול למניעת פיגועי טרור על פי השלבים והתוואי כפי שהוצגו היום בממשלה על ידי מערכת הבטחון (המפה לפיה הוצגו בפני הממשלה תוואי הגדר והשלבים - שמורה במזכירות הממשלה).

(2) המכשול שיקום על פי החלטה זו, כמו קטעו האחרים ב"מרחב התפר", הינו אמצעי בטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר.

(3) שינויים מקומיים בתוואי המכשול או בביצועו שיתחייבו מהתכנון הכולל של התוואי, יובאו לאישור שר הביטחון וראש הממשלה.

4) ראש הממשלה, שר הבטחון ושר האוצר יסכמו את היקף התקציב הרב-שנתי הנדרש לביצוע ההחלטה ואת פריסת המימון הנגזרת ממנו. הסיכום יובא לאישור הממשלה.

5) במסגרת זו יסוכמו מרכיבי בטחון נוספים ומידיים להגנת הישובים הישראליים ביהודה ושומרון כנגד איומים המתקיימים בתקופת הקמת המכשול ב"מרחב התפר".

6) במהלך התכנון המפורט ייעשה כל מאמץ לצמצם, ככל הניתן, הפרעות העלולות להיגרם לאורחות החיים של הפלסטינים בעקבות הקמת המכשול.

(נוסח ההחלטה צורף בנספח ד' לעתירה).

18. החלטת הממשלה האחרונה מתייחסת לתוואי מאלקנה לכיוון צפון ירושלים, שאורכו כ- 180 ק"מ (ובנוסף כ-30 ק"מ של מכשולי עומק). כמו כן חלה ההחלטה גם לגבי שלב ד' – משכונת גילה לכיוון דרום ועד לדרום הר תברון, שאורכו כ-180 ק"מ. יצויין, כי לגבי הקמת המכשול בשלב ג' עד כה הוצאו צווים לתפיסת מקרקעין בכל הקטעים הסמוכים לקו הירוק, וכן באזור קרית ספר ובאזור הר אדר ונבעת זאב. לגבי הקמת המכשול בשלב ד' עד כה טרם הוצאו צווים לתפיסת מקרקעין.

19. בחלקים מן התוואי תוכננו מכשול וכן מכשול משני, בדרך כלל, מזרחית לו. מרביתם של מכשולים משניים אלו טרם בוצעו וטרם נמסרו צווים לתפיסת מקרקעין לבעלי הזכויות במקרקעין. זהו המצב לגבי המכשול המשני הקרוב לכפר טאלם, לגבי המכשול המשני הסמוך לישובים מבוא דותן ותרמש, לגבי המכשול המשני באזור טול-כרם, לגבי מכשול משני באזור בדרוס רנטיס, לגבי מכשול משני צפונית לכביש 443. שני מכשולי עומק הוקמו עד כה, האחד באזור בקה אל-שרקיייה, והאחד באזור קלקיליה.

20. מאז הוחלט על הקמת המכשול ועד היום הוקמו בסך הכל כ-180 ק"מ של מכשול, ועבודות מתבצעות כיום בכ-75 ק"מ של מכשול. יצויין, כי התוצאות של הקמת המכשול ניכרו בשטח, והביאו לחפחות פיגועי הטרור באזורים בהם הוא הוקם. המכשול מקשה על מעבר והסתננות של מחבלים מתאבדים לישראל ומקל על ההגנה על חייה של האוכלוסייה האזרחית.

להלן יפורטו דוגמאות למקרים שבהם המכשול היקשה על ארגוני הטרור לבצע פיגועים:

א. ביום 3.12.03 יצאו שני מחבלים מאזור ג'נין בדרום לפיגוע התאבדות בבית ספר ביוקנעם. אלמלא המכשול היתה דרכם קצרה יחסית, ואולם בשל המכשול נאלצו

- לנסות ולעקפה ממזרח. מאחר שדרכם היתה ארוכה יותר, הצליחו כוחות צה"ל, שהיתה בידם התראה, להתארגן ולתפוס את המחבלים עוד טרם הגיעו לשטח ישראל.
- ב. ביום 3.11.03 בוצע פיגוע ליד עזון. מחבל מתאבד שיצא משכם רצה לבצע פיגוע בתוך ישראל וניסה לחזור דרך המכשול, אך כוחות צה"ל היו פרוסים באזור ביעילות, והמחבל נאלץ להתפוצץ בסמוך לגיף צבאי, וגרם לפציעתו של חייל אחד.
- ג. ביום 9.10.03 מחבל מתאבד יצא משכם במטרה לבצע פיגוע התאבדות בתוך ישראל. הוא בחר לצאת לישראל מאזור טול כרם, אך לא הצליח, ולכן החליט לבצע את הפיגוע בחלון האישורים של מינהלת התאום והקישור בטול כרם.

באופן כללי ייאמר, כי מחקירות של פעילי טרור שונים מאזור השומרון עולה, כי המכשול באזור זה אכן מהווה מכשול משמעותי המשפיע על יכולתן של תשתיות הטרור בשומרון להתזר מחבלים לתחומי מדינת ישראל. בנוסף עלה בחקירות, כי בשל קיומו של המכשול נאלצים ארגוני הטרור למצוא דרכים חלופיות להחדרת מחבלים לישראל דרך אזורים בהם טרם נבנה המכשול, כגון באזור יהודה.

החליכים להקמת המכשול

21. ההליכים להקמת המכשול כוללים מספר שלבים:
- א. הכנת תכניות לתוואי עליו יוקם המכשול על ידי חגורמים המוסמכים;
 - ב. אישור עקרוני של התוואי על ידי הממשלה;
 - ג. בחינת התוואי ברמה מפורטת על ידי אנשי מקצוע ויעוץ משפטי;
 - ד. אישור שינויים בתוואי על ידי שר הבטחון וראש הממשלה;
 - ה. הוצאת צווים לתפיסת מקרקעין לשם הקמת התוואי;
 - ו. מסירת הצווים לידי המחזיקים במקרקעין עליהם מתוכנן התוואי ומתן אפשרות להשגה על התוואי;
 - ז. בחינת ההשגות על ידי הדרג הצבאי ומסירת החלטות למשיגים;
 - ח. מתן אפשרות לעתור לבג"צ נגד ההחלטות הדוחות את ההשגות;
 - ט. ביצוע התוואי לאחר סיום ההליכים המשפטיים.
 - י. הכנסת שינויים בתוואי במענה לבעיות שנוצרות בשטח.
22. מן האמור לעיל עולה, כי הטיפול במכשול הינו מהלך רב-שלבי, ולמעשה בשל אורכו של המכשול, הרי שמיקומו הפיזי הוא תוצאה של מגוון שיקולים והליכים המקיימים לגבי כל חלק וחלק של התוואי. מכאן, שגם לגבי אותם חלקים של התוואי נשוא העתירה, ישנם ההחלטות בשטח עדיין נתון לשינויים במקרים מסויימים.

החכרזה על שטח סגור

23. החכרזה על שטח סגור, מיום 2.10.03, שאורפה לעתירה בנספח ב' חלה לגבי שטחים מסויימים הנמצאים בסמוך לשלב א' של המכשול וממערב לו. בשטח זה מתגוררים כיום כ- 5000 פלסטינים. עם השלמת בנייתו של המכשול אמורה החכרזה זו לחול לגבי כ-10,000 פלסטינים בסך הכל אשר יתגוררו ממערב למכשול. החכרזה מטילה מגבלות על מעבר המכשול ממזרח למערב, מאחר שלכיוון מערב אין כל מכשול המונע כניסה לישראל. יצויין, כי המינהל האזרחי מטפל כיום בבקשות של פלסטינים לקבלת היתרים לכניסה לשטח הסגור, ואלפי היתרים כבר ניתנו למבקשים, הן לתושבי קבע בתחום החכרזה והן לתושבים פלסטינים אשר יש להם צורך כלשהו לתיכנס ל"מרחב התפר".

כמו כן, במסגרת החכרזה הוקמה ועדת ערר, אשר מוסמכת לדון בעניינם של אנשים שבקשותיהם להיתר יסורבו.

24. יצויין, כי החכרזה אינה חלה על כל אותם כפרים פלסטינים אחרים, אשר העותר סבר כי הם ימצאו עצמם בין המכשול לבין המכשולים המשניים שתוארו לעיל. לגבי כל אותם כפרים המעבר מן האזור לשטחים שיימצאו בתוך השטח שייתחם בין שני המכשולים יהיה מעבר חופשי בזדכים שיזעזעו לשם כך, ללא צורך בכל היתר שהוא.

עתירות קודמות לבג"צ

25. העתירה דנן אינה העתירה הראשונה המוגשת לבית המשפט הנכבד נגד הקמת המכשול, ואינה היחידה התלויה ועומדת כיום בפני בית המשפט הנכבד. עתירות קודמות שהוגשו עסקו בקטעים קונקרטיים של המכשול. עתירות אלו נדחו על ידי בית המשפט הנכבד. פסקי דין קודמים בנושא דנן, בין היתר, הם:

בג"צ 3325/02	חטאב נ' המפקד הצבאי של איזור יהודה והשומרון (לא פורסם);
בג"צ 3771/02	תמועצה המקומית של כפר א-ראס נ' המפקד הצבאי באיזור יהודה והשומרון (לא פורסם);
בג"צ 8172,8532/02	אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם).

26. במסגרת הטיפול בעתירות לבג"צ הוכנסו שינויים בתוואי המכשול בחלק מן המקרים:

בג"צ 6600/02	הפטריארכיה הארמנית נ' (לא פורסם);
בג"צ 1890/03	עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (העתירה עדיין תלויה ועומדת);
בג"צ 9156/03	דאוד נ' מינהלת מרחב התפר (לא פורסם);

בג"צ 9674/03 חמידן נ' שר הביטחון (העתירה עדיין תלויה ועומדת).

אף על פי כן, העותר לא מצא לנכון להתמודד עם פסיקתו הקודמת של בית המשפט הנכבד.

פיצויים דמי שימוש

27. לצורך הקמת המכשול נעשה כל מאמץ להשתמש במקרקעין שהם רכוש ממשלתי ולא רכוש הפרט. במקרים שבהן אין מנוס זולת שימוש במקרקעין פרטיים, מוצעים למחזיקים דמי שימוש ופיצויים בגין הנזקים שנגרמו להם עקב הקמת המכשול. עד כה הוגשו כ-55 תביעות בסכום כולל של כ-25 מיליון ₪, ובמספר מקרים שולמו פיצויים לבעלי זכויות במקרקעין.

המכשול הינו נושא למגעים מדיניים

28. על אף קיומו של העימות המזוין, הרי שבין הצד הישראלי לצד הפלסטיני מתקיימים, לעיתים בתיווכם של גורמים בינלאומיים שונים, מגעים בניסיון להביא לתחילתו של משא ומתן מדיני לקידום פתרון לסכסוך המתמשך הגובה קורבנות רבים. המכשול הינו אמצעי בטחון, אשר הצד הפלסטיני מתנגד לו מסיבות שונות, ועל כן מטבע הדברים שנושא זה עומד אף הוא על סדר היום של מגעים מדיניים אלה.

בתקופות בהן המגעים המדיניים בין ישראל לבין הצד הפלסטיני מושפעים מן המצב הביטחוני השורר בשטח, וכמעט ואינם מתקיימים, עולה נושא המכשול גם במסגרת מגעים מדיניים עם גורמים אחרים, כגון ארצות הברית ומדינות אירופאיות שונות.

עמדת המשיבים

29. על הקמתו של המכשול הוחלט אך ורק בעקבות ועקב גל חסר תקדים של פיגועי טרור אכזריים שיזמו וביצעו אירגוני טרור פלסטיניים. תעיד על כך העובדה שבמשך עשרות השנים שחלפו מאז שנת 1967, וחרף מצב בטחוני קשה ששרר מעת לעת, לא הקימו ממשלות ישראל מכשול שכזה.

30. התופעה של טרור בהיקפים נרחבים חסרי תקדים, ובפרט התופעה של מחבלים מתאבדים בריכוזי אוכלוסיה אזרחית ישראלית, שהתעצמה מאוד החל מסוף שנת 2001, והגיעה לשיאה בחודש הדמים של מרס 2002, עת נרצחו 132 ישראלים בפיגועי טרור, חייבה את כוחות הביטחון והממשלה לבחון מחדש את אופן ההתמודדות עם תופעה מחרידה זו.

31. מצד אחד הוחל בנקיטה בצעדים התקפיים, שבאו לידי ביטוי בולט במבצע "תומת מגן", במסגרתו נכנסו כוחות צבא לתוך תחומי השטחים שהיו בשליטה של הרשות הפלסטינית. כדוע במסגרת ארועי הלחימה היו נפגעים הן לכוחותינו והן מקרב הפלסטינים. במקביל הואצו ההליכים לאפשר נקיטה באמצעים הגנתיים כנגד תופעת המתאבדים, ובראשם הקמת מכשול שיפריד פיזית בין המחבלים לבין קרבנותיהם הפוטנציאליים.
32. השימוש במכשול פיזי על מנת להפריד בין המחבלים לבין האוכלוסייה הישראלית האזרחית נוסה בהצלחה ברצועת עזה, ויושם מאז אמצע שנות התשעים. רצועת עזה מוקפת גדר, ואכן, במהלך השנים בהם פועלת הגדר לא יצאו מחבלים מתאבדים מרצועת עזה לישראל דרך הגדר.
33. הרעיון הטמון במכשול הוא להקשות על המחבלים להגיע לריכוזי אוכלוסייה ישראלית ולהקטין את החיכוך בין האוכלוסיות. במציאות הביטחונית הקשה השוררת מעל שלוש שנים נראה כי זהו צעד טבעי ומתבקש ברוח האמרה לפיה "high fences make good neighbors".
34. מעבר לכך, המחשבה הינה כי עם השלמת המכשול ובעקבותיה הירידה הצפויה ברמת הטרור המכוון נגד אוכלוסייה ישראלית, יוביל הדבר להקטנת הצורך בפעילות מבצעית התקפית, על תוצאותיה הקטלניות וכן להסרה וצמצום של מגבלות התנועה המוחלות היום על האוכלוסייה הפלסטינית באזור, גם בעומק השטח.
35. כפי שצוין לעיל, המחבלים מכוונים פעולותיהם כנגד האוכלוסייה הישראלית באשר היא, באזור, ברצועת עזה ובשאר. על מנת להגן על האזרחים הישראלים באזור, שמצאו עצמם קרבנות לניסיונות פיגוע יומיומיים, הן בהיותם בתחומי הישוב והן בצירים המובילים מן הישוב ואליו, הוחלט כן, במקומות בהם הדבר אפשרי, התוואי ייקבע באופן שיתן הגנה גם לישובים אלה, כך שגם הם ייהנו מהגנתו של המכשול. החשש היה כי הותרתם מן הצד השני של המכשול תהפוך אותם למטרה המרכזית של המחבלים, כפי שקרה במחיה מסוימת לישובים הישראלים ברצועת עזה.
36. יודגש כי אין ולא היתה כל כוונה לשנות את הסטאטוס המשפטי של האזור שנמצא מעבר למכשול. הדברים עולים בבירור אף מהחלטת הממשלה, המפורטת לעיל.
37. הקמת המכשול, שחלקים לא קטנים ממנה ממוקמים על אדמה פרטית, פוגעת בבעלי הקרקע האמורה. המשיבים פעלו ופועלים בניסיון לצמצם, ככל האפשר, פגיעה שכזו, על ידי מתן עדיפות לשימוש באדמות מדינה, כשהדבר ניתן, העדפת אדמות פרטיות לא מעובדות על פני מעובדות, כשהדבר אפשרי, וצמצום רוחב התוואי באופן המרבי. ההליך עצמו של

תפיסת הקרקעות לווה בהידברות עם בעלי הקרקע, במגמה לשמוע את עמדותיהם והשגותיהם. מעבר לכך, מוצע פיצוי לכל בעלי הקרקע שנתפסה. התשתית המשפטית לביצוע התפיסה מפורטת להלן, אך יאמר כבר כעת כי זוהי זכותו ואף חובתו של המחזיק בשטח בתפיסה לוחמתית לדאוג לביטחון מפני אימים שמקורם באזור, אף אם הדבר מחייב תפיסת רכוש פרטי. אם נשקיף על הנושא מן ההיבט של שיח זכויות, הרי שמדובר באיזון בין הזכות לקניין מחד גיסא לזכות לחיים מאידך גיסא – והשניה גוברת.

38. המכשול אף מביא להטלתן של מגבלות על התנועה החופשית של פלסטינים בשטח שהוא חלק מהאזור. זוהי תוצאה קשה ותמשיכים עושים הכל על מנת לצמצם הגבלות אלו ולתת מענה לצרכי האוכלוסייה. עם זאת, יש לזכור כי סגירת שטחים לצרכי ביטחון הינה צעד חוקי ומקובל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, כמו גם הטלת מגבלות תנועה, בפרט בעיצומו של עימות מזוין מול מחבלים הפועלים בקרב האוכלוסייה האזרחית. השטח שנמצא מעבר למכשול הוא שטח שיש בו ריכוזי אוכלוסייה ישראלית גדולים. כל מי שעובר את המכשול יכול לטע באופן חופשי לתוך שיטחה של מדינת ישראל. אם לא תהיה שליטה ובקרה על כניסת פלסטינים לשטח זה, הרי שהרעיון שעומד ביסוד המכשול ירוקן מתוכן.

39. עם הפיכת שלב א' של המכשול למבצעי וסגירת השטח שמעבר לו, התעוררו קשיים בשימור מרקם החיים של האוכלוסייה באזור זה. הדבר נבע, בין היתר, מכך שסגירת השטח געשתה בטווח זמן קצר יותר מן המתוכנן לאור הפיגוע שחתרש באותה עת: במסעדת "מקסיס" בחיפה. מעבר לכך, התעוררו בעיות וקשיים שחלקם לא נצפו מראש, כולל מחסור בכוח אדם שיאפשר הפעלה סדירה של השערים החקלאיים שנקבעו במכשול.

40. המשיבים קשובים לצורך למצוא פתרון בנושאים אלה. התקיימו דינוים ברמות הבכירות ביותר, במגמה למצוא פתרונות לבעיות שהתעוררו. מאז כבר הוכנסו מספר שינויים בהסדרים החלים במרחב הנופר ושינויים נוספים מתוכננים בקרוב. אלה כוללים סלילת צירים לצורך תנועה פלסטינית שיאפשרו מעבר נוח יותר בין ישובים פלסטינים וכן הגעה נוחה יותר של חקלאים פלסטינים לאדמות שהם מעבדים. בנוסף, לאור קשיים שהתעוררו במעבר תלמידים המצויים בצד אחד של הגדר לבתי הספר המצויים בצד השני של הגדר, הוחלט על מימון שירות הסעות לתלמידים לשם הבאתם של התלמידים לבית הספר ובחזרה לביתם באופן מסודר ומרוכז.

41. כמצויין בהחלטת הממשלה נשוא העתירה – המכשול הוא אמצעי בטחוני, ואם יושג הסדר אשר יבטיח את השקט והבטחון, אין להוציא מכלל אפשרות את פירוקו של המכשול או את שינוי מיקומו. הדבר תלוי בצד הפלסטיני, היינו- אם יוסיף לנקוט בדרך של פיגועים וטרור – יהא צורך לקיים את המכשול; יבחר בדרך של הפסקת פעולות הטרור ופירוק תשתיות הטרור – ניתן יהיה לשקול גם פתרונות אחרים לשמירה על בטחון אזרחי ישראל.

42. במסגרת האיזון בין הזכות לחיים של תושבי ישראל ובין השמירה על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים, ניתן לקיים ביקורת שיפוטית של בית משפט נכבד זה בכל מקרה שבו טוען תושב פלסטיני לפגיעה בזכויותיו, בין אם המדובר בפגיעה קניינית ובין אם מדובר בפגיעה בחופש התנועה. במסגרת בדיקה זו ניתן לבחון את עובדותיו של כל מקרה ואת איזון האינטרסים שנעשה לגבי הפרט הטוען לפגיעה.

וידגש, המשיבים בוחנים בעצמם, באופן שוטף, את השפעתו של המכשול על האוכלוסייה הפלסטינית, ובכל שהדבר ניתן הם פועלים לשינויו של התוואי, לסלילת והקמת דרכי גישה עבור הצד הפלסטיני וליצירת הקלות נוספות שמטרתם מזעור ההשפעות שגורמת הקמת המכשול לאורחות חייה של האוכלוסייה הפלסטינית התמימה.

43. אולם, עריכת ביקורת שיפוטית כאמור אינה ניתנת לביצוע בדרך ראויה כאשר המדובר בעתירה כוללת, חסרת תשתית עובדתית פרטנית, הנוגעת בחלקה לקטעי תוואי שטרם יצאו לגביהם צווי תפיסה ובעניינם העתירה היא עדיין מוקדמת, ואשר האופי הדומיננטי שלה הוא מדיני. בנסיבות אלה המשיבים אינם רואים טעם בקיום התדיינות משפטית לגבי כל קטע וקטע מתוואי הגדר, שכן אין כל סכסוך משפטי אמיתי בין העותר ובינם.

המסגרת המשפטית לענין הקמת המכשול

44. המסגרת המשפטית בנוגע להקמת המכשול פורטה על ידי המשיבים בתשובתם לעתירות קודמות בנושא. העתירות הקודמות שהוגשו לבית המשפט הנכבד עסקו בקטעים קונקרטיים של המכשול. עתירות אלו נדחו על ידי בית המשפט הנכבד או שהסתיימו בהסכמה בין הצדדים. אף על פי כן, העותרים לא מצאו לנכון להתמודד עם פסיקתו הקודמת של בית המשפט הנכבד. פסקי דין קודמים בנושא דגן הם:

בג"צ 3325/02 חטאב נ' המפקד הצבאי של איזור יהודה והשומרון (לא פורסם)
 בג"צ 3771/02 המועצה המקומית של כפר א-ראס נ' המפקד הצבאי באיזור יהודה והשומרון (לא פורסם)
 בג"צ 8172,8532/02 אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם).

45. מפאת חשיבות ההלכה שנפטקה בבג"צ אבראהים מן הראוי להביא, בנוסף לדברים שהובאו לעיל, גם את הדברים הבאים:

"בתשובתה פרטה המדינה בהרחבה את המאמצים הנעשים למזעור הנזק שיגרם המכשול לתושבי האזור. כך למשל נעשה מאמץ להעביר את המכשול, ככל שניתן, באדמות שאינן אדמות פרטיות ובאדמות שאינן מעובדות וכן נעשה מאמץ שלא לחצוץ בין אדמות לבעליהן. כמו כן, מפרטת המזיגה שורה של צעדים שיינקטו במטרה למזער את הפגיעה במקרים שבהם לא ניתן יהיה למנוע את הפגיעה בתושבים. כך למשל מתן פיצויים לבעלי האדמות שנתפסו, מאמץ להעביר עצים למקומות אחרים במקום לחרות אותם, וכן יצירת שערי כניסה שיאפשרו גישה של התושבים לאדמותיהם. כמו כן גילו המשיבים נכונות לפתור בעיות קונקרטיות בשטח לאחר מתן הזדמנות לבעלי הקרקע להגיש השגות בקשר לתוואי תפיסה. בעת הדיון בפנינו הצהירה באת כוח המדינה כי גם בשלב זה תהא מוכנה להתחשב בבעיות קונקרטיות שיעלו התושבים בפני גורמי הביצוע ושלטונות הצבא אם בעיות אלה ניתנות לפתרון בשטח מבלי לפגוע בביטחון.

לא מצאנו בצווי התפיסה שהוצאו, וביעולות המשיבים פגם המצדיק התערבותנו. אף כי התפיסה תגרום נזק, קשיים ואי נוחות לתושבים מקובל עלינו כי מדובר באמצעים שנועדו לשמש רכיב חשוב בתפיסת הלחימה של צה"ל, עליו החליטו הגורמים המפקדים על הביטחון, וכידוע בשיקולים ביטחוניים מבצעיים אין בית משפט זה נוטה להתערב.

רשמנו לפנינו את הצהרת באי-כוח המדינה, כי אם יעלו העותרים בהקדם טענות המתעוררות תוך כדי ביצוע העבודה שיצביעו על בעיות הניתנות לפתרון בשטח מבלי לפגוע בביטחון או בתושבים אחרים, תהיה נכונות להיעתר לבקשה.

העתיקה נדחית".

46. בבסיסה של הלכה פטוקה זו עומדות נורמות מתחום המשפט הבינלאומי המנהגי והלכות פסוקות נוספות של בית המשפט הנכבד.

47. הסמכות לתפוס מקרקעין בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, מקורה במשפט הבין לאומי ההסכמי והמנהגי. במסגרת דיני המלחמה מסדירות תקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, משנת 1907 את התהגותם של צדדים לוחמים ביבשה.

ככלל, על המפקד הצבאי בשטח קיימת חובה שלא לפגוע בקניינם של התושבים המקומיים (תקנה 46 לאמנת האג). אולם לכלל זה קיימים שני חריגים הרלוונטיים לענייננו, המאפשרים תפיסת קרקעות פרטיות. חריגים אלה נובעים בראש ובראשונה מעקרון יסוד של המשפט הבין לאומי, וחזו זכותה הטבעית של מדינה להגן על עצמה מפני איומים המצויים מחוץ לגבולותיה, המעוגן גם בסעיף 51 למגילת האו"ם. כמו כן סמכויות אלה נובעות מצרכים צבאיים בעת מצב של תפיסה לוחמתית.

48. המקור הנורמטיבי הראשון הוא תקנה 23 לתקנות האג, הנמצאת בפרק המסדיר התנהגותם של כוחות לוחמים בתקופת לחימה. בין היתר, קובעת תקנה 23(g) סייג לאיסור על הריסת רכוש אויב או תפיסתו, אם הדבר נדרש בהכרח לצורכי הלחימה. התקנה קובעת כי:

"23. In addition to the prohibitions provided by special conventions, it is especially forbidden –

g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction be imperatively demanded by the necessities of war..."

התקנה הוכרה על ידי בית משפט נכבד זה כמאפשרת תפיסת מקרקעין בעת תקופת הלחימה, אך גם "כדי לקדם פני סכנה מוחשית קיימת", ובשל צורך צבאי חלופי. וראו לעניין זה:

בג"צ 606/78 אויב נ' שר הבטחון פ"ד (2) 113, 129, 133.

ראו עוד, בהקשר זה, בין היתר:

בג"צ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד מב(2) 767.

בג"צ 24/91 תימוז נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע פ"ד מה(2) 325.

בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום פ"ד מד(4) 626.

49. כאמור לעיל, החל מחודש ספטמבר 2000 נמצאת מדינת ישראל בעימות מזוין. במסגרתו מופעלות סמכויות מכת זיני המלחמה. הדבר הוצהר לבית המשפט הלכבוד מספר פעמים בעבר, ולא נמצא מקום להתערב בעמדת המשיבים ובחללטותיהם.

וראו לעניין זה

בג"צ 8286/00 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם).

בג"צ 9252/00 אל סקא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

בג"צ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם).

50. יתרה מזאת גם שלא בעת פעולה לחימה ממש, אלא במצב של "תפיסה לוחמתית" קיימת סמכות לתפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים או מבצעים צבאיים, וזאת על בסיס תקנה 52 לאמנת האג. התקנה קובעת כי:

"Requisitions in kind and services shall not be demanded from local authorities or inhabitants except for the needs of the army of occupation.

They shall be in proportion to the resources of the country, and of such a nature as not to involve the inhabitants in obligation of taking part in the military operations against their own country.

Such requisitions and services shall only be demanded on the authority of the commander in the locality occupied.

Contributions in kind shall as far as possible be paid for in ready money; if not, a receipt shall be given and the payment of the amount due shall be made as soon as possible"

51. הסעיף נפרש כמתייחס גם לתפיסת מקרקעין. אחד התנאים בהם נוקב הסעיף הוא שהתפיסה תהא לצרכיו של הצבא הכובש. פסיקתו של בית המשפט הנכבד פרשה סעיף זה פרשנות תכליתית. נפסק כי התפיסה אפשרית גם לצורך הבטחת "הסדר והבטחון הציבורי" על פי הסמכות הנתונה למפקד הצבאי בתקנה 43 לאמנת האג. וראו לעניין זה:

בג"צ 606/78 אויב נ' שר הבטחון פ"ד (2) 113, 130.

בג"צ 401/88 אבו זיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש פ"ד מב(2) 767, 770.

52. עוד נפסק כי "צורך צבאי", המאפשר תפיסת קרקע פרטית, כולל עמדות ומאתזים צבאיים (בג"צ 24/91 תימרי נ' מפקד כוחות צה"ל באזה"ע פ"ד מה(2) 325); מגורי חיילים (בג"צ 290/89 ג'וחא נ' המפקד הצבאי באיו"ש פ"ד מג(2) 116); נציגות של המינהל האזרחי (בג"צ 1987/90 שדיד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש תק-על 90(2) 34); סלילת כבישים עוקפים במטרה להגן על אזרחי ישראל המתגוררים באזור, ולהקטין את ההיכוד בין התושבים פלשתינאיים לכלי רכב ישראליים (בג"צ 2717/96 עלי נ' שר הבטחון נ(2) 856, 848).

53. כאמור, מכח זכותה של ישראל להגנה עצמית מנהלת ישראל מבצעי לחימה מיוחדים באזור, מאז תחילת העימות המזוין, מכח זכות זו, קמה לישראל ולמפקד הצבאי הזכות לתפוס מקרקעין באזור, כשתכלית התפיסה היא להגן על מדינת ישראל. פעולה לשם הגנה עצמית היא בודאי "צורך צבאי".

ואכן, ההלכה שיצאה מלפני בית משפט נכבד זה היא כי המפקד הצבאי מוסמך לתפוס מקרקעין באזור, וזאת גם מכח תקנה 52, במקרים בהם התכלית היא הגנה על מדינת ישראל ואזרחיה.

54. תחילתה של ההלכה בבג"צ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל פ"ד כז(2) 169. בעתירה זו נדונה חוקמת ההחלטה לבודד את רצועת עזה מאזור סיני על-ידי ניתוק דרכי הגישה בין האזורים, תפיסת קרקעות, והכרזה על אזור בסיני כשטח צבאי סגור. מדובר היה בהקמת אזור חיץ במטרה למנוע חדירת מחבלים אל רצועת עזה ומדינת ישראל לצורך ביצוע פעולות טרור. לאחר סקירת עמדת המשיבים, פסק בית המשפט כי:

"גם בלאו הכי לא נתערב בשיקול-דעתם של מפקדי הצבא הסבורים שהעברה היתה דרושה, כדי להבטיח את השקט בתוך רצועת עזה ומעבר לה, על-ידי יצירת אותו אזור חיץ המהווה אמצעי חשוב למניעת חדירתם של מחבלים". (הדגשה הוספה). (עמוד 178).

55. רציונל דומה עמד בבסיס פסק הדין בבג"ץ 606/78 אויב ואח' נ' שר הבטחון ואח' פ"ד לג(2) 113, שעסק בתפיסת קרקע לצורך הקמת ישוב אזרחי. נפסק מפני כבוד השופט א' ויתקון כי:

"בהקשר זה ביקש מר חורי להבחין בין צרכים צבאיים, כמשמעותם הדווקנית, דהיינו, צרכי הצבא החונה בשטח מותק ודרישותיו הלוגיסטיות, לבין צרכים בטחוניים בדרך כלל, והוא טען שרק צרכים מהסוג הראשון הם בגדר הסמכות הנתונה בצווים הנדוניים. לדעתנו, אין ממש באבחנה זו. כפי

שאמרתי זה עתה, המצב הקיים הוא מצב של לוחמנות, ועל המעצמה המחזיקה מוטלת האחריות להשליט סדר וביטחון בשטח המוחזק. עליה גם לקדם את פני הסכנות הנשקפות מתוך שטח כזה לשטח המוחזק עצמו ולמדינה עצמה. הלחימה בימים האלה לובשת צורה של מעשי חבלה, ואף מי שרואה במעשים אלה (הפוגעים באזרחים שלווים), צורה של מלחמת גרילה, יודה שהמעצמה המחזיקה מוסמכת ואף חייבת לנקוט בכל האמצעים הדרושים למניעתם. ההיבט הצבאי וההיבט הבטחוני אינם איפוא אלא היבט אחד." (הדגשה הוספה) (עמוד 118).

באותו פסק הדין, מתייחסת כבוד השופטת מי' בן פורת באופן מפורש לזכות ההגנה העצמית כעילה להפעלת סמכותו של המפקד הצבאי. נפסק כי:

"אם ירדתי לסוף הכתוב במקורות שאליהם הופנינו על-ידי הפרקליטים המלומדים, מונח ביסוד העקרונות הבינלאומיים הרעיון שלפיו יש למנוע בעד הכובש לעשות שימוש שרירותי בכוח שבידו. לשון אחרת, אין להרשות שישתמש בהזדמנות שליטתו לשם נישול וסיפוח. הגבול המפריד בין שימוש שרירותי לבין הגנה עצמית ונקיטת אמצעי ביטחון הכרחיים הוא איפוא אחד המבחנים הקובעים אם הפעולה היא כשרה או אסורה". (הדגשה במקור, קו תחתיו הוסף) (עמוד 133).

56. על בסיס קיום מנחים אלה נדחתה עתירה נגד תפיסת מקרקעין באזור, שתכליתה הגנה על אינטרסים ביטחוניים של מדינת ישראל - אבטחת נמל התעופה בן-גוריון ומניעת הפרעות לתנועה בכבישים בתוך תחומי מדינת ישראל. בדיון הובאה חוות דעת נוגדת לזו של מפקדי הצבא, שטענה כי אין צורך צבאי ובטחוני כאמור. במסגרת פסק הדין נדחתה חוות דעת שסברה כי אין הצדקה ביטחונית לתפיסה לצורך הקמת ישוב על המקרקעין. תחילה שלל בית המשפט הנכבד את חוות הדעת הנוגדת ופסק כי:

"גישה זו תרואה את הדברים ראיה סטטית, רק בהתחשב עם קו הפסקת האש הנוכחי בין ירדן ובין שטח הממשל הישראלי, מתעלמת ממה שעלול לקרות באחד הימים בעתיד, בין כתוצאה מפעולות איבה הבאות מבחוץ או מבפנים השטח המוחזק, ובין כתוצאה מהסדר מדיני חדש. תכנון צבאי ראוי חייב להביא בחשבון לא רק סכנות קיימות אלא גם סכנות העולות להיווצר כתוצאה מהתמתחות דינמית

בשטח...זכורה עמידתם של יושבי גוש עציון במלחמת העצמאות אשר תדמה ותרומה מכרעת לבלימת התקדמותו של האויב לעבר ירושלים. זאת באשר לעמידה מול כוחות סדירים, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בהיערכות למניעת מעשי מחבלים או כוחות בלתי סדירים." (הדגשות הוספו)

בג"צ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון פ"ד לד/1 (1) 90, 93.

57 בנוסף, הלכה פסוקה היא, כי את הסמכויות לשמירת הסדר הציבורי והביטחון ניתן להפעיל גם לשם הגנתם ושמירה על שלומם של הישראלים המתגוררים באזור, בחלקם מזה שנים רבות. בענין זה נפסק עוד לפני למעלה משלושים שנה, כי הממשל הצבאי מוסמך לספק שירותים ציבוריים לישראלים המתגוררים באזור, שכן גם הם נמנים על תושבי האזור:

" אספקת חשמל הדרוש לצרכי האוכלוסיה המקומית שייכת ללא ספק לתפקידים המוטלים על השלטון הצבאי, כדי להבטיח את חייה התקינים של האוכלוסיה. ראינו לעיל, כי אספקת החשמל הנוכחית לעיר חברון עומדת על יסוד רעוע והיא טעונה שיפור בהקדם, וכי אין חולקין על כך ששיפור זה יכול לבוא רק בדרך חיבור העיר אל אחת חרשתות שמחוץ לאזור. צורך זה קיים בהווה ויש למלאו. מר שמרון אומר שבניית קו המתח הגבוה הדרוש לשם כך קובעת עובדות לאורך ימים, ואילו שלטון צבאי אינו רשאי לנקוט אמצעים מעבר לדרוש לימי שלטון זה עצמו. אבל אין דרך סבירה לסיפוק הצרכים הקיימים כיום ללא השקעות יסוד, ובכללן בניית קו המתח הגבוה. מכל מקום, אין יודע כיום כמה זמן יימשך המצב הקיים באזור זה ואילו הם החסדרים הסופיים שיבואו מקץ השלטון הצבאי. אם יהיה צורך בכך, יוכלו הסדרים כאלה לכלול תנאים מוסכמים להתאמת העובדות הנוצרות עתה אל המצב שישרור לבסוף, אם בדרך רכישה תמורת פיצויים ואם בדרך אחרת. אין איפוא בפעילות הממשל הצבאי לגבי נשוא העתירה הזאת משום הפרה של הסעיף 43 לכללי האג. אדרבא, פעילות זו באה למלא את חובת הממשל לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור. לעניין זה יש לראות את תושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסייה המקומית וגם הם זכאים לקבל אספקה סדירה של חשמל." (ההדגשה הוספה)

כמו כן, בבג"צ זלום נקבע כי המפקד הצבאי מוסמך לנקוט באמצעי ביטחון לשם הגנתם של אזרחים ישראלים באזור:

" האם האמצעים שנקטו הם כדין? אין ספק, כי סמכות פורמלית לנקוט באמצעים הדרושים להגנה על חיי המתישבים בבית הדסה נתונה בידי המשיבים. בדאי שסמכות זו נתונה בכל הנוגע לאותם מתיישבים המהווים חלק מכוחות צה"ל.

סמכות זו רחבה היא יותר, והריהי משתרעת על כל מי שמצוי באזור, בין אם הוא מתושביו הקבועים על האזור ובין אם הוא מתושביו החדשים (השווה בג"צ 256/82 פ"ד כ"ז (1) 124."

בג"צ 72/86 ג'אלב ג'ודי חסן זלום נ' המפקד הצבאי לאזור, פ"ד מא(1) 528, 531-532.

כמו כן, בענין גוסין נדונה שאלת הסמכות להרוס מבנים ברצועת עזה, אשר מפיונם נעשו פעולות ירי רבות לעבר המשתמשים בכביש סמוך. בענין זה נפסק:

"נטען בפנינו, כי מטרת הצו לאפשר תנועה בין שתי התנחלויות, וכי מטרה זו אינה כדין, שכן ההתנחלויות אינן כדין. לא שיקולי ביטחון מונחים ביסוד הצו אלא שיקולים מדיניים. אין בטענה זו כל ממש. מעמדן של ההתנחלויות ייקבע בהסכם השלום. עד אז מוטלת החובה על המשיב להגן על האוכלוסייה (הערבית והיהודית) שבשטח המצוי בשליטתו הצבאית (ראו בג"ץ 4363/02 זינדאח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם)).

גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(4) 608, 610-611.

בג"ץ 4219/02

58. ולסיכום חלק זה, למפקד הצבאי קיימת הסמכות לתכנס מקרקעין מכת דיני הלחימה. בנוסף קיימת הסמכות לעשות כן גם מכת דיני התפיסה הלוחמתית, כולל במטרה להגן על מדינת ישראל ועל ישראלים, וזאת בנוסף לסמכות לעשות כן על מנת להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים באזור.

דין העתירה להידחות בשל האופי הדומיננטי המדיני שבה

59. כידוע סמכותו של בית המשפט הנכבד היא שיקול דעתית, ותלכה פסוקה היא, כי בית המשפט הנכבד לא יזקק לדון בעתירה אשר האופי הדומיננטי שלה הוא מדיני. בענין זה נקבע בעתירה שביקשה לבחון את חוקיות הקמתם של ישובים ישראלים באזור כי:

"3. לטעמי יש לדחות עתירה זו, כי היא לוקה בכך שהיא מתייחסת לנושאי מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, והיא מעלה נושאים שהסממנים המדיניים הם דומיננטיים וגוברים בעליל על כל קטעי-הקטעים המשפטיים שבו. אופיו השליט של הנושא המועלה בעתירה הוא מדיני מובהק.

היעדר התאמתו של נושא העתירה להכרעה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק נובע במקרה דנן מן השילוב של שלושה סממנים השוללים שפיטותו של הנושא:

התערבות בנושאי מדיניות המצויים בתחומה של רשות שלטונית אחרת, היעדר מחלוקת קונקרטיה ואופייה המדיני השליט של הסוגייה."

בג"צ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (4) 210

וראו גם: בג"צ 3125/98 עימד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נה (1) 913

60. גם בעתירה שבפנינו האופי המדיני שבעתירה גובר על האופי של סכסוך משפטי הגלום בה –
- היעדר עותר בעל זיקה למקרקעין נפגעים כלשהם;
 - היעדר עותר שחופש התנועה שלו הוגבל;
 - התייחסות לתוואי מכשול שאורכו מעל 100 ק"מ;
 - תקיפת נושא העומד על סדר היום המדיני של הממשלה ומגיעה הבינלאומיים.

61. יש להדגיש, כי המשיבים אינם טוענים לחוסר שפיטותו המוחלטת של הנושא, שכן הם סבורים שיש בו גם היבטים משפטיים, אולם זאת כאשר העתירה מוגשת על ידי אדם הטוען כי הוא נפגע מיישומן של ההחלטות בדבר תקמת המכשול. כאמור לעיל, בענין הקמת המכשול הוגשו כמה וכמה עתירות לבית המשפט הנכבד, על ידי בעלי זכויות במקרקעין עליהם הוחלט להקים את המכשול, ועתירות אלה אכן היו ראויות לבירור שיפוטית.

דין העתירה להידחות מחמת כלליזנה

62. העתירה תוקפת הקמתם של קטעי מכשול שאורכם הכולל קילומטרים רבים ביותר. העתירה אינה מפרטת התייחסות עובדתית קונקרטית לחלקים מוגדרים של המכשול, קרי – לחלקות מקרקעין קונקרטיות, אלא מבקשת לדון בעקרונות כלליים הנוגעים להקמת המכשול. מאחר שהקמת המכשול בכל איזור ואיזור נובעת משיקולים שונים, הרי שאין זה מעשי לקיים דיון משפטי על היקף כה רחב של עובדות.

ראו: בג"צ 1901/94 ח"כ עוזי לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מ"ח (4) 403, טעיפים 10-11.

דין העתירה להידחות מאחר וקיימים עותרים ראויים אחרים

63. העתירה מבקשת לבטל תפיסת מקרקעין המיועדים להקמת המכשול. חלק ממקרקעין אלה שייך לאנשים פרטיים. הבעלים או המחזיקים במקרקעין מקבלים כדבר שבשיגרה צווים המודיעים להם על הכוונה לתפוס את מקרקעיהם, ועל האפשרות העומדת להם להגיש השגה בענין. על כן, בכל אותם מקרים בהם התוואי יעבור על מקרקעין פרטיים – יהיו עותרים ראויים אחרים, אשר בידם הידיעה בדבר משמעות הקמת המכשול על מקרקעיהם, ובידם האפשרות לעתור נגד צו התפיסה ולהעלות כל טענה בענין, לרבות הטענות המפורטות בעתירה. בנסיבות שבהן קיים עותר ראוי אחר, ועתירות מסוג זה מוגשות לבית המשפט מעת לעת – אין מקום לדון בסוגייה במסגרת עתירה ציבורית. הוא הדין בכל האמור באנשים שבקשותיהם להיתר כניסה ל"מרחב התפר" יסורבו. אנשים אלו יוכלו לפנות לוועדת הערר שהוקמה במסגרת ההכרזת על "מרחב התפר".

ראו: בג"צ 1759/94 סרוברג נ' שר הבטחון, פ"ד נ"ה (1) 625.

העתירה מוקדמת מדי לגבי חלקים מתוואי המכשול

64. כפי שפורט לעיל, על פי נוחלי העבודה בענין הקמת המכשול, הרי שלאחר קבלת החלטת הממשלה על מיקומו העקרוני של תוואי המכשול מתקיימת עבודת מטה מעמיקה ליישום ההחלטה, אשר בעקבותיה מוצא צו לתפיסת מקרקעין, אשר הוא שנמסר לבעלים או למחזיק של חלקה מסויימת עליה הוא חל.

כאמור לעיל, לגבי חלקים נכבדים מן התוואי נשוא העתירה (כגון, המכשול המשני במובלעות באיזור מבוא דותן וחומש ועוד, הקטע מהר אבנר (אל-מוטילה) ועד תייסיר, וקטעים רבים בשלבים ג' ו-ד') הרי שטרם הוצאו צווים לתפיסת מקרקעין, ולכן העתירה לגביהם הינה מוקדמת מדי. במקומות מסויימים הוצאו צווים לתפיסת מקרקעין, ונמסרו לבעלי זכויות או למחזיקים במקרקעין, ועומדת להם אפשרות ההשגה.

בנסיבות אלה, אין כל עילה לקיים דיון בבית המשפט הנכבד, כבר בשלב זה, בעתירה כה רחבת היקף המוגשת על ידי עותר ציבורי.

לטענות שבעתירה

65. לטענת העותר למעצמה הכובשת אין סמכות להקים מכשול בתחומי השטח הכבוש. בסעיף 61 לעתירה נטען, כי המכשול "נועד לשרת את המעצמה הכובשת ולא את האזרחים המוגנים של השטח הנכבש...". טענה זו מתעלמת מן הפסיקה שצויינה לעיל, אשר דנה במצבים שונים של הפעלת סמכויות בטחוניות להגנת חייהם של ישראלים. לא יכול להיות חולק, כי במצבים שבהם אנשים מחליטים לנקוט בפעולות טרור, בין בירי ובין בפעולות התאבדות, המדינה המחזיקה בשטח לא תהא מוסמכת לנקוט באותם צעדים הזרושים באופן סביר לשם הצלתם של חיי אזרחים. חפים מפשע. חיי אדם, בין אם המדובר בחיילים ובין אם המדובר באזרחים, הינם ערך מוגן על פי כל דין. לכן הקמת המכשול, אשר יש בה לקדם את השמירה על חיי אדם בזמן עימות מזויין, הינה אמצעי לגיטימי לימוש במסגרת הסמכויות המפקד הצבאי בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית.

66. בהתייחס לטענה, כי "הצורך הצבאי" המקנה למפקד הצבאי סמכויות באזור מתפרש רק על הגנת המדינה וחילי צה"ל, ולא על הגנת תושבים אחרים המתגוררים בשטח, יאמר, כי העותר התעלם מפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד בפרשות חילו, זלום וזופא עלי והעתירות האחרות שפורטו לעיל.

התעלמות זו צורמת, במיוחד, שכן הזכות לחיים הינה זכות האדם הבסיסית ביותר. איש אינו מאבד את הזכות לחיים רק בשל המקום בו בחר לחיות. לאף אדם אין את הזכות ליטול את חייו של אדם אחר, למעט מצבים חריגים של הגנה עצמית או מלחמה כדין. לכן כל שלטון, לרבות ממשל צבאי, מחוייב להגן על חייו של כל אזרח. כל הגורם אחרת - פוגע באורח אנוש בזכויות היסודיות ביותר של האדם.

67. בסעיפים 79 עד 92 לעתירה נטען, כי ההכרזה בדבר סגירת שטח והצווים הנלווים לה מפלים באורח שיטתי ויוצרים הלכה למעשה משטר של אפרטהייד. טענה זו מתעלמת מן העובדה, שההכרזה והצווים האמורים הוצאו מאחר שתושבים פלסטינים מן האזור הם שביצעו עשרות ומאות פיגועי טרור קטלניים בעלי אופי גזעני מובהק כלפי ישראל וישראלים, ולכן היו אלה טעמי בטחון ענייניים שהייבו הבחנת בין הפלסטינים לבין יתר בני האדם הנעים בשטח. יש לזכור כי עד גל הטרור האחרון לא היו מגבלות על חופש התנועה של הפלסטינים באזור דן, אולם התמשכות גל הטרור הייבה להקים אזור חיץ אשר יהא בו להגן על ישראל וישראלים מפני זוועות הטרור.

על כן, אין המדובר ברדיפה (persecution), ברצון לשליטה גזעית (domination) או בהפלייה של האוכלוסייה הפלסטינית. המכשול לא נועד לשמר עליונות של קבוצה גזעית אחת על קבוצה גזעית אחרת. המכשול לא נועד למנוע קבוצה גזעית מסויימת מלהשתתף במרקם החיים של הארץ. המכשול הינו אמצעי הגנתי, אשר המשיבים נאלצו לנקוט אותו בכדי להגן על ישראלים, יהודים וערבים כאחד, רק לאחר שהתברר, כי אמצעים אחרים למלחמה בארנוני הטרור הפלסטינים לא היה בהט זי.

עיוני הקמת המכשול והעובדה כי אמצעי זה ננקט רק לאחר שמאות ישראלים תמימים קיפחו את חייהם, יש בהם בכדי להעיד כמאה עדים שלא מטרות של הפלייה, רדיפה או מדיניות של אפרטהייד עמדו לנגד עיני המשיבים, אלא הזכות הבסיסית להגנה עצמית ולשמירה על חיי אדם.

68. לאור כל האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.

69. תגובה זו נתמכת בתצהירו של מר. תירזח, ראש מנהלת "קשת צבעים" בפקוד המרכז המופקד בצה"ל על תכנון המכשול.

היום: 1 ינואר, 2004

ז' טבת, התשס"ד

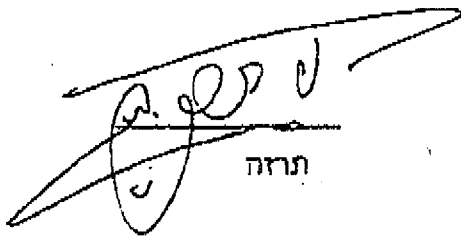
מלביאל בלס

ממונה על ענייני הבג"צים בפרקליטות המדינה

תצהיר

אני הח"מ, תרזה, מצהיר בזאת כלהלך:

1. אני מכהן בתפקיד ראש מינהלת "קשת צבעים" בפקד מרכז, ועסקתי בתכנון תוואי המכשול במרחב התפר.
2. תצהירי זה ניתן לזמניכה בתגובה המקדמית מטעם המשיבים בתיק בג"צ 9961/03.
3. העובדות האמורות בתגובה נכונות למיטב ידיעתי.
4. הנני מצהיר כי זה שמי זזו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


תרזה

אישור

אני הח"מ, 21.11.03, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 31.12.03, הופיע בפני אלימ תרזה המזכר לי, ולאחר שהיזכרתי כי עליו לומר את האמת שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על ותצהירו.

ק" 5220078 סדר גזל סימון
ע"י יועמ"ש אינ"ש לבטחון

~~לימון~~
עורך - יו"צ
מ.ר.