

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1748/06

בג"ץ 1845/06

בג"ץ 1856/06

בפני : כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין

העותרים בבג"ץ 1748/06 :
1. ראש עיריית דאהריה
2. ראש מועצת הכפר א-תוואנה
3. מחמד עמר אסמאעיל אלטל
4. מוראד אחמד מחמד ג'אברין
5. עומר מחמד אחמד אבו ג'ונדיה
6. חליל מסלם מוסא אלחלאילה
7. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 1845/06 : ח'ליל מחמד יונס ו-29 אח'

העותרים בבג"ץ 1856/06 :
1. עיריית סמוע
2. סאלם מחאריק, ראש עיריית סמוע
3. ח'אלד אבו סיף ו-125 אח'

נ ג ד

המשיב בבג"ץ 1748/06 : מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

המשיבים בבג"ץ 1845/06 :
1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית בית-אל

המשיבים בבג"ץ 1856/06 :
1. המפקד הצבאי בשטחי הגדה המערבית
2. מדינת ישראל

ידיד בית משפט : המועצה לשלום ולביטחון

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ג באלול התשס"ו (06.09.2006)

בשם העותרים בבג"ץ 1748/06 : עו"ד לימור יהודה

בשם העותרים בבג"ץ 1845/06 : עו"ד נטע עמר

בשם העותרים בבג"ץ 1856/06 : עו"ד ג'יאת' נאסר

בשם המשיבים בבג"ץ 1748/06, בבג"ץ 1845/06 ובבג"ץ 1856/06 : עו"ד גלעד שירמן ; מר דני תרזה

בשם המועצה לשלום ולביטחון : אלי"מ (מיל') שאול אריאלי ; ניצב (גימ') שאול גבעולי

פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' ברק:

עתירה זו מכוונת כנגד בנייה של מעקה בטון על ידי כוחות צה"ל בדרום הר חברון וכנגד צווים לתפיסת אדמות שהוצאו לשם בניית מעקה זה.

הרקע לעתירה

1. בדרום הר חברון אשר ביהודה מצויים שלושה כבישים. כביש מספר 60 כיוונו דרום-מערב לצפון-מזרח והוא עובר דרך הישוב היהודי שמעה. כביש מספר 317 הוא המשכו של כביש 60 מצומת שמעה מזרחה, והוא מחבר בין הישובים סוסיה, מעון וכרמל. כביש שלישי הוא המחבר בין כביש 60 לבין הישוב טנא. העתירה עוסקת בשלושה מקטעים של כבישים אלו, אשר יוצרים יחדיו דרך רצופה באורך של כ- 41 קילומטרים, מן הישוב טנא במערב ועד הישוב כרמל במזרח (להלן – הכבישים). מצפון לכבישים נמצאים הישובים הפלסטיניים דהריה, סמוע ואל-כרמל, ומעבר להם מכיוון צפון – העיירה הפלסטינית יטא. מדרום לכבישים במרחק של שלושה עד שבעה

קילומטרים עובר הקו הירוק. בסמוך לקו הירוק נקבע התוואי לבנייתה של גדר ההפרדה באזור. במרחב שבין גדר ההפרדה המתוכננת לבין הכבישים מצויים כעשרים ישובים פלסטיניים קטנים אשר מתגוררים בהם בסך הכל כ-2,000 בני אדם. כמו כן מצויות במרחב זה אדמות חקלאיות המעובדות על ידי תושבי הסביבה הפלסטיניים. הכבישים נחצים על-ידי מספר דרכים אשר מחברות בין היישובים הפלסטיניים שמצפון לבין היישובים הפלסטיניים והחלקות החקלאיות שמדרום.

2. המשיבים הוציאו ביום 14.12.2005 שלושה צווי תפיסה: צו ת/185/05, צו ת/186/05 וצו ת/187/05 (להלן – צווי התפיסה החדשים). הצווים הוצאו, על פי האמור בהם, "לשם מיסוד גדר מגינה בדרום הר חברון". הם תופסים מקרקעין ברצועה הצמודה לכבישים שאורכה כ-41 קילומטרים ורוחבה מטרים ספורים. רצועת הקרקע נמצאת בתחום אדמות הכפרים דאהריה, יטא, סמוע, א-תוואנה, ח'ירבת זנוטה, ח'ירבת אלהה וא-טובא. צווי התפיסה החדשים כוללים את הרצועה הצמודה לכבישים לכל אורכה, מלבד מספר מקטעים, שאורכם המצטבר הוא כ-3 קילומטרים, אשר לטענת המפקד הצבאי חלים בהם צווי הפקעה ישנים שמכוחם הוא ממילא מוסמך לפעול כאמור (צו ה'19/82 מיום 17.3.1982, צו ה'31/82 מיום 28.6.1982, צו ה'2/99 מיום 23.3.1999 וצו ה'4/96 מיום 2.4.1996). בסך הכל נתפסו בצווי התפיסה החדשים כ-230 דונם אדמות פרטיות. התנגדויות לצווי התפיסה שהגישו העותרים נדחו על ידי המשיבים (ביום 12.2.2006).

3. המשיבים החלו להקים מעקה בטון ברצועה שנתפסה לאורך הכבישים, דהיינו, מטנא ועד כרמל. המעקה הוקם בשוליהם הצפוניים של הכבישים במרחק של עד שלושה מטרים מן הכביש עצמו. אורכו כ-41 קילומטרים. גובהו 82 סנטימטרים ורוחב בסיסו 60 סנטימטרים. במעקה נקבעו 13 פתחים האמורים לאפשר תנועה של כלי רכב בדרכים החוצות את הכבישים. שניים מהם משרתים מחצבה הנמצאת במקום והיתר את תושבי המקום והחקלאים באזור. במהלך הדיון בעתירה החליטו המשיבים לקבוע 11 פתחים נוספים כך שבסך הכול יוצבו במעקה 24 פתחים. שישה מן הפתחים יוצבו בצפיפות לאורך קטע הכביש בן 4 קילומטרים שמדרום ליישוב טנא, והיתר במרחק של בין קילומטר לשלושה קילומטרים זה מזה. מרבית הפתחים מצויים במרחק של כשני קילומטרים זה מזה.

4. עם הגשת העתירות ביקשו העותרים צו ביניים שימנע את ביצוע העבודות להקמת מעקה הבטון עד להכרעה בעתירה לגופה. קיימנו דיון בבקשה לצו ביניים ביום 3.4.2006. הבקשה נדחתה. קבענו, כי בהתחשב בהיקף הפגיעה הצפויה מהעבודות

להקמת הגדר, שהינו קטן יחסית, ובכך שאין מדובר בצעדים בלתי הפיכים, לא הוכח כי נזקם המיידית של העותרים מביצוע העבודות עולה על הסיכון הכרוך בעיכוב הקמת המעקה. לאחר שהמשיבים חסמו (ביום 13.7.2006) את הפתח במעקה הבטון שאפשר תנועת כלי רכב בין העיר יטא לבין הכפר א-תוואנה ויישובים נוספים, הגישו העותרים בקשה נוספת למתן צו ביניים. שמענו את עמדות הצדדים בעניין בדיון שנערך ביום 27.7.2006. המשיבים הסבירו כי חסימת הפתח נעשתה כצעד יוצא דופן וזמני נוכח החמרה משמעותית במצב הביטחוני, ועל רקע הפנייתם של כוחות רבים מאזור יהודה ושומרון לאזורי הלחימה בעזה ובלבנון. בנסיבות אלה, החלטנו (ביום 31.7.2006) כי אין מקום להיעתר לבקשה. ביום 6.9.2006 קיימנו דיון בגוף העתירות. בדיון הופיע לפנינו תת אלוף (במיל') דני תירזה, ראש מנהלת "קשת צבעים", אשר עוסקת בהקמת מכשול גדר ההפרדה וכן אלוף משנה (במיל') שאול אריאלי מהמועצה לשלום ולביטחון אשר צורפה לדיון, על פי בקשתה, במעמד "ידיד בית המשפט". במהלך הדיון הסכימו הצדדים לראות את העתירות כאילו הוצא בהן צו על תנאי.

הצדדים לעתירה

5. העותרים בבג"ץ 1748/06 הם ראש עיריית דאהריה, שחלק מאדמותיה נכללות בצווי התפיסה שהוציאו המשיבים, ראש מועצת הכפר א-תוואנה אשר מצוי בשטח שמדרום למעקה הבטון, וכן תושבים פלסטיניים המתגוררים בשטח זה או שהינם בעלי אדמות חקלאיות בשטח זה. העותרת 7 היא האגודה לזכויות האזרח. העותרים בבג"ץ 1845/06 הם ראש עיריית יטא וראש עיריית מסאפר-יטא, יישובים הסמוכים לאזור בו נבנה המעקה וכן תושבים פלסטיניים המתגוררים בשטח שמדרום למעקה או שמתגוררים ביישובים בסביבה ולהם אדמות בשטח זה. העותרת 30 היא עמותת "שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם". העותרים בבג"ץ 1856/06 הם עיריית סמוע, ראש העירייה ותושבי סמוע, יישוב אשר עיקר אדמותיו החקלאיות מצויות בשטח שמדרום למעקה הבטון. בשלוש העתירות משיב מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון.

טענות הצדדים

6. העותרים מבקשים לבטל את ההחלטה לבנות את המעקה. הם מדגישים כי המעקה אינו רק מונע מעבר של כלי רכב ממונעים אלא גם מעברם של בעלי חיים, בין אם אלו עדרים ובין אם בעלי חיים המשמשים לתחבורה. כן מונע המעקה מעבר של הולכי רגל כגון ילדים, אנשים מבוגרים ובעלי מוגבלות בתנועה. נוכח אופייה של האוכלוסיה המקומית, התנועה באזור מתבצעת בכלי תחבורה חקלאיים כגון

טרקטורים, חמורים וסוסים ובהליכה ברגל. השימוש באמצעי תחבורה אלה גבר נוכח מגבלות תנועה שמוטלות על האוכלוסיה הפלסטינית. התוצאה היא שמעקה הבטון משבש קשות את יכולת התנועה של העותרים. המצב הוא חמור אף יותר נוכח הקרבה לגדר ההפרדה. מעקה הבטון סוגר תא שטח נרחב מצפון וממערב אשר מדרום לו נבנית גדר ההפרדה. כך נוצרת מובלעת הסגורה מכל עבריה במכשול. המעבר של תושבי המובלעת אל מחוץ לה ומעבר של חקלאים מיישובי הסביבה אל שטחי העיבוד המצויים בתוכה, מוגבל ביותר ואפשרי רק דרך המעברים שיוותרו במעקה הבטון.

7. העותרים מציינים כי במובלעת מצויים כ- 20 כפרים שחיים בהם 2,000 איש. כפרים אלו הם קטנים מאוד ורובם אינו מחובר לתשתיות מים וחשמל. לפיכך, תושבי הכפרים תלויים ביישובים פלסטיניים המצויים מן העבר השני של הכבישים בכל תחום מתחומי החיים: אספקת מים, אספקת דלק, שירותי בריאות, חינוך ופרנסה. הקמת מעקה הבטון תביא, לדבריי העותרים, להידלדלותם הדמוגרפית והכלכלית של הכפרים שבמובלעת עד כדי סכנה להמשך קיומם בטווח הארוך. העותרים צירפו לעתירתם חוות דעת מקצועית של עמותת "במקום – מתכננים למען זכויות תכנון" התומכת במסקנה זו. לדברי העותרים, מעקה הבטון חוצה קילומטרים של אדמות חקלאיות. הוא סוגר בתוך המובלעת אדמות חקלאיות השייכות לתושבים מיישובי הסביבה. על פי הרישומים שבידי העותרים לפחות 3,500 משפחות מן העיירות יטא, סמוע ודאהריה מחזיקות בזכויות על אדמות שבאזור המובלעת. נגישותם של חקלאים אלה לאדמותיהם הופכת קשה. רעיית הצאן נפגעת שכן העברת העדרים מוגבלת ביותר. פגיעות אלה נוספות על הפגיעה הקניינית בבעלי האדמות הפרטיות אשר נתפסו לצורך בניית המעקה. במרבית המקומות בהם הושארו פתחים במעקה הדרכים המתחברות עם הכביש משני צידיו אינן נמצאות זו מול זו. משמעות הדבר היא, שהתנאי של תושב האזור להגיע מעברו האחד של הכביש לעברו האחר הוא הגעה אל הכביש בדרך הנמצאת מצידו האחד ובסופה פתח, כניסה אליו ונסיעה לאורכו עד לפתח אחר שבו מתחברת דרך מן הכיוון השני. דא עקא, על פי טענת העותרים, במהלך השנים האחרונות כוחות צה"ל מונעים מפלסטינים את הנסיעה בכבישים בהם עוסקת עתירה זו.

8. העותרים טוענים, כי הקמתו של המעקה כלל אינה נדרשת מבחינה ביטחונית ולכן הקמתו פסולה וחורגת מסמכותם של המשיבים. לעתירה צורפה חוות דעת מקצועית החתומה בידי תת אלוף (במיל') יהודה גולן-אשנפלד וארבעה קציני צה"ל נוספים במילואים בדרגת אלוף משנה וסגן אלוף, כולם בעבר בעלי תפקידים צבאיים בכירים באזור יהודה ושומרון או ברצועת עזה. כותבי חוות הדעת ציינו שמרבית השטח

בו מוקם המעקה ממילא אינו עביר לכלי רכב, וכי בניית המעקה אף מגבירה איומים שונים, כגון ירי מן המארב, ויוצרת נקודות תורפה ביטחוניות. מסקנתם היא כי לא רק שאין תועלת ביטחונית במעקה הבטון, אלא אף כי נזקו הביטחוני גדול מתועלתו. ואמנם, לדברי כותבי חוות הדעת, צה"ל מאבטח מאות קילומטרים של כבישים אחרים באזור יהודה ושומרון ללא שימוש במעקי בטון מן הסוג הנדון בעתירה זו. סיכום טענות העותרים בעניין הוא, כי מעקה הבטון פוגע באופן קשה בזכויות יסוד של התושבים הפלסטינים וזאת בהיעדר צורך צבאי שיכול להצדיק פגיעה זו. אשר על כן מדובר, לטענתם, בפעולה משוללת סמכות, ולכל הפחות פעולה בלתי מידתית אשר יש לבטלה.

9. לבסוף, העותרים מצביעים על כך שגדר ההפרדה הייתה מתוכננת מלכתחילה (בהחלטת הממשלה משנת 2003) להיבנות בתוואי הקרוב לתוואי שנבחר למעקה הבטון. תוואי גדר ההפרדה שונה (בהחלטת ממשלה משנת 2005) בכדי לעמוד בעקרונות שנפסקו בבית משפט זה בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (להלן: פרשת בית סוריק). לטענת העותרים, הקמת מעקה הבטון בתוואי הדומה דמיון בולט לתוואי הקודם של גדר ההפרדה היא דרך לעקוף את הצורך לקבוע תוואי מידתי לגדר ההפרדה. העותרים מביעים חשש כי המעקה מהווה שלב ראשון בדרך להקמת מכשול כדוגמת גדר ההפרדה, אשר ילווה בקביעת מגבלות תנועה.

10. לדברי המשיבים, המעקה נועד להגן על הנוסעים בכבישים. מדובר בכבישים אשר מובילים אל יישובים ישראליים המצויים מעברה ה"פלסטיני" של גדר הביטחון באזור, ולפיכך קיים באזור צורך הגנתי מיוחד. המשיבים ציינו כי "הצורך הביטחוני מבוסס, בין השאר, על שורת אירועים ביטחוניים שהתרחשו באזור בו מוקם המעקה (לרבות במהלך שנת 2005): זריקות אבנים, זריקות בקבוקי תבערה, ירי לעבר כלי רכב וכו'". מעקה הבטון מגביל את היציאה מן הכביש והכניסה אליו. הוא מנתב את כלי הרכב הנעים בכביש לפתחי יציאה מסוימים. בפתחים אלה אמנם לא יותקנו שערים והמעבר בהם יהיה חופשי, אך ניתוב תנועת כלי הרכב באזור אל פתחים ספציפיים יאפשר לצה"ל לשלוט בצורה טובה יותר על תנועת כלי הרכב החוצים את הכביש. בייחוד מסייע מעקה הבטון להתמודד עם מתווה פיגוע של ירי מכלי רכב חולף, משום שבכך מגביל הוא את יכולת הברחה של כלי הרכב. המשיבים טוענים כי הפגיעה בתושבים כתוצאה מבניית מעקה הבטון היא מזערית. המשיבים עמדו על כך שמעקה בגובה 82 סנטימטרים אינו יוצר הגבלה על תנועת הולכי רגל. מעבר כלי רכב ייעשה בצורה חופשית בפתחים שבמעקה. בדבריהם לפנינו, הן בטיעון בעל פה והן בטיעון בכתב, המשיבים עמדו על כך שאין הגבלה כללית על תנועת כלי רכב פלסטינים על

הכבישים עצמם. בדיון האחרון שהתקיים ביום 6.9.2006 הודיעו המשיבים כי אם העותרים יפנו בבקשות פרטניות להוסיף פתחים נוספים במעקה הבטון, בקשותיהם תבחנה בחיוב. ביום 19.10.2006 הודיעו המשיבים לבית המשפט כי קיימו "בחינה נוספת ומפורטת" של תוואי מעקה הבטון והפתחים שיקבעו בו. נבדקה הצעת העותרים לפתיחת 45 פתחים לאורך המעקה. המשיבים מצאו כי הבקשה אינה מנומקת ומפורטת דיה, וכי היא איננה "מציגה צרכים אמיתיים". עם זאת, הוחלט להוסיף 11 פתחים שימשו למעבר כלי רכב, בהמות משא והולכי רגל כך שבסך הכל יוצבו במעקה 24 פתחים.

11. מומחי המועצה לשלום ולביטחון הופיעו לפנינו והגישו חוות דעת ביטחונית מפורטת ומנומקת. לדבריהם, מעקה הבטון כלל אינו מספק הגנה לנוסעים בכבישים. נהפוך הוא. הוא יוצר נקודות תורפה ביטחוניות. המעקה מספק מחסות למבקשים לירות מן המארב על נוסעים חולפים. הוא מונע אפשרות למרדף מהיר אחרי מחבלים במקרה הצורך. לדברי אנשי המועצה לשלום ולביטחון, פעולה של "ירי מרכב חולף", שהיא, על פי דברי המשיבים, מתווה הסיכון שמעקה הבטון אמור לתת לו מענה, לא התרחשה כלל באזור הנדון בעתירה, אלא דווקא במקומות מרוחקים ביהודה ושומרון. תחת זאת אירעו במקום הנדון בעתירה אירועים ביטחוניים אחרים, חמורים לא פחות, שמעקה הבטון אינו מסייע למנוע אותם. בחוות דעתם מצביעים אנשי המועצה לשלום ולביטחון על כך שמעקה הבטון נבנה גם בקטעי כבישים שאינם עבירים לרכב גלגלי מפאת תנאים טופוגרפיים, מכשולים טבעיים וסוללות עפר אשר נמצאים באזור. לאור זאת תוהים אנשי המועצה לשלום ולביטחון מדוע נבנה מעקה הבטון, מדוע נבנה דווקא בכבישים הנדונים בעתירה, ומדוע לא נבנה באף מקום אחר ביהודה ושומרון.

דיון

12. על פי דיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות על הקמת מעקה בטון, ולתפוס לשם כך חזקה במקרקעין השייכים לתושבים פלסטינים. סמכות זו קמה רק כאשר הטעם המונח ביסוד החלטה הוא בטחוני-צבאי. על-פי תקנה 52 לתקנות האג, נדרש שהתפיסת הקרקע תהיה לצורכי הצבא (needs of the army of) (occupation). על-פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, נדרש כי התפיסה תהיה לצורכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation). המפקד הצבאי מוסמך לתפוס קרקע ולהקים בה את מעקה הבטון גם לשם הגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים הגרים בישובים ישראליים באזור יהודה ושומרון, וזאת אף שהישראלים המתגוררים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות ביטוי

זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית. כך קבענו גם לגבי גדר ההפרדה בפרשת אלפי מנשה (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקאות 18-22; ראו גם בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: פרשת טנא), פסקאות 10-8). כך הם פני הדברים גם בעתירה שלפנינו. אכן, המתווה הנורמטיבי להכרעה בעניין שלפנינו זהה למתווה הנורמטיבי שנקבע לדיון בעתירות בעניין גדר ההפרדה בפרשת בית טוריק ובפרשת אלפי מנשה (ראו גם: בג"ץ 4938/04 מועצת הכפר שוקבא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם); בג"ץ 1348/05 שתייה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה; בג"ץ 1348/05 ד"ר שאהר עבד אל קאדר שתייה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), להלן – פרשת אריאל). העקרונות המנחים את המפקד הצבאי בכניית גדר ההפרדה חלים גם בעת החלטתו לתפוס מקרקעין לשם פעילות הגנתית אחרת, כדוגמת בניית מעקה הבטון הנדונה בעתירה זו.

13. בבואו לשקול את ההחלטה להקים את המעקה היה על המפקד הצבאי לשקול מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי, שעניינו ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. השיקול השני עניינו טובתם של התושבים המוגנים באזור. על כבוד האדם, על חייהם ועל ביטחונם של כל אחד מהם על המפקד הצבאי להגן. שלישית, על המפקד הצבאי להגן על כבוד האדם, על חייהם ועל ביטחונם של ישראלים הגרים בישובים ישראליים באזור. שיקולים אלה מתנגשים זה בזה. על המפקד הצבאי לאזן בין השיקולים המתנגשים. אכן, "דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בכוחו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון באזור ולהגן בכך על ביטחונה של מדינתו ושל אזרחיה. עם זאת, הם מתנים הפעלתה של סמכות זו באיזון ראוי ומידתי ביניהם לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסיה המקומית" (פרשת בית טוריק, עמ' 833; וראו: פרשת אלפי מנשה, פסקה 29; פרשת טנא, פסקה 10).

14. האיזון בין הצרכים הביטחוניים לבין האינטרסים של התושבים הפלסטיניים והאזרחים הישראלים אינו פשוט. האחריות והסמכות לאזן ביניהם מוטלת על המפקד הצבאי. 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 אמצעי בעל הפגיעה הפחותה בזכויות הנפגעות. השאלה היא אם מבין האמצעים השונים שיש בהם כדי להגשים את המטרה הביטחונית, נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה. "החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות. החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשותה, את זו הפוגעת פחות.

יש להשוות, אפוא, בין האפשרויות הרציונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיות, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם" (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם) (להלן: פרשת עדאלה), פסקה 68). שלישית, נדרש כי האמצעי הנבחר יאזן כראוי בין התכלית המונחת ביסוד הפעלתו ובין הזכויות הנפגעות (ראו: פרשת עדאלה, פסקאות 75-64; פרשת בית סוריק, עמ' 841; פרשת אריאל, פסקה 22; בג"ץ 2942/05 מנצור נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 23). בביצוע איזוני המידתיות, שיקול דעתו של המפקד הצבאי איננו מוחלט. על החלטתו להיות כזו שמפקד צבאי סביר יכול היה לקבלה (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 32 והמקורות שם). החלטתו נתונה לביקורת שיפוטית. עם זאת, בית המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, איננו מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. בית משפט זה מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול-דעתו של המפקד הצבאי. בביקורת זו "אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון. תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול-הדעת של המפקד הצבאי" (פרשת בית סוריק, עמ' 842-843 וראו: פרשת טנא, פסקה 11; פרשת בית אריה, פסקה 8; פרשת אריאל, פסקה 22). בית המשפט אינו נכנס בנעלי הגורם הצבאי המחליט. הביקורת השיפוטית בוחנת האם פעולות המפקד הצבאי והחלטותיו מקיימות את הדין.

מן הכלל אל הפרט

15. בפרשת טנא ובבג"ץ 399/06 סוסיא – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: פרשת סוסיא) דחינו עתירות תושבים יהודיים מן הישובים טנא וסוסיא, הנמצאים באזור הנדון בעתירה זו, אשר ביקשו, בניגוד לעמדת הצבא, כי גדר ההפרדה תעבור מצפון ליישובם באופן שהוא ייכלל בצדה "הישראלי". קבענו, כי החלטותיו של המפקד הצבאי באו לאחר ששקל ואיזן כראוי את מכלול הגורמים הרלוונטיים ובכללם ההגנה על התושבים היהודיים, ההגנה על כוחות הצבא וההגנה על זכויות האדם וצורכיהם של התושבים המוגנים במקום. במסגרת הדיונים בכל אחת מן העתירות הודיעונו המשיבים כי הם סבורים שיוכלו לממש את אחריותם לביטחון העותרים בצורה מספקת גם אם הישוב ימצא בצידה הצפוני של הגדר. המפקד הצבאי פירט אמצעים ביטחוניים אשר יאפשרו להעניק ביטחון ליישובים היהודיים באזור. כך תוארה עמדת המשיבים בפסק הדין שניתן בפרשת טנא:

"[המפקד הצבאי סבור כי יוכל לממש את אחריותו לביטחון התושבים בצורה מספקת גם אם הישוב טנא יותר בצידה הצפוני של הגדר. הישוב טנא עצמו יזכה להגנה היקפית באמצעות שטח ביטחוני מיוחד (שב"ם), שהינו מערכת ביטחונית הכוללת גדר ביטחון וכן שורה של אמצעים ביטחוניים שמטרתם למנוע חדירה ליישוב, ולאפשר התראה מוקדמת על כל ניסיון חדירה ליישוב. גדר הביטחון עצמה תוקם במרחק של כ-400 מטר מבתי היישוב הקיצוניים. בין גדר זו לבין הגדר המקיפה את היישוב תוקם דרך פטרולים ותאורה. ציר הגישה ליישוב יוגן באותו האופן בו מוגנים צירי תנועה ראשיים בתחומי האזור, באמצעות שני מגדלי תצפית ארוכת טווח, וכן באמצעות גדרות לא רציפות לאורך הכביש, למניעת ידוי אבנים ואמצעי חבלה אחרים מטווח קצר. מלבד אמצעי ההגנה הפיזיים, יפעלו במקום בכל עת כוחות תגובה מהירה" (פרשת טנא, פסקה 4; ראו גם פרשת סוטיא, פסקה 5).

אכן, יש לקחת בחשבון כי באזור זה מצויים ישובים יהודיים שהגנתם מצריכה היערכות צבאית מתאימה. אף ההגנה על הנוסעים בכבישי הגישה ליישובים אלה מצריכה היערכות צבאית מתאימה. המשיבים מוסמכים להפעיל אמצעים צבאיים על מנת להבטיח הגנה חיונית זו. בניית מעקה הבטון היא פעולה הנובעת, אם כן, מסמכותו של המפקד הצבאי.

16. האם הפעילו המשיבים את סמכותם באופן מידתי? האם הפגיעה שנובעת ממעקה הבטון מאזנת כראוי בין זכויות העותרים מזה לבין צרכי הביטחון מזה? המשיבים עמדו על כך שמעקה הבטון דומה בתכונותיו "למעקות הבטיחות בכבישי ישראל", דוגמת אלה המוצבים לאורך כבישים בין עירוניים על מנת להפריד את התנועה בשני המסלולים. לדבריהם, יש ללמוד מכך, כי מדובר בהפעלה של אמצעי שגרתית אשר אין בו פגיעה יוצאת דופן בעותרים. איננו מקבלים טענה זו. את מידת הפגיעה יש לבחון על רקע מאפייניה של האוכלוסיה הנפגעת. עקרון המידתיות הוא מבחן קונקרטי. הוא "אמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי באזור לבין צרכיה של האוכלוסיה המקומית" (פרשת בית סוריק, עמ' 838). המידתיות מתרכזת, אפוא, בפגיעתה של הפעולה השלטונית בקבוצה מסוימת. היא תלויה נסיבות. פגיעתה של פעולה שלטונית שונה מאדם לאדם, והיא שונה מקבוצת אוכלוסיה אחת לאחרת. לא הרי פגיעתו של מעקה הנבנה לאורך כביש באוכלוסיה עירונית, אשר משתמשת באמצעי תחבורה ממוכנים על גבי דרכים סלולות ומפותחות, כהרי פגיעתו של מעקה כזה באוכלוסיה כפרית. טיב הפגיעה של המעקה הוא חמור לגבי העותרים נוכח תנאי

חיהם ואופיים. רבים מתושבי המקום הפלסטינים עושים שימוש בחמורים ובעלי חיים אחרים ככלי תחבורה, ורבים מהם הולכים ברגל. רבים מקרב תושבי האזור מתפרנסים מרעיית צאן. המעקה מונע מעברם של בעלי חיים המשמשים למשא ושל עדרי כבשים ועיזים. המעקה מונע מעבר של הולכי רגל. לא כל אדם מסוגל לטפס מעל מעקה בטון בגובה 82 סנטימטרים. המעקה שולל אפשרות מעבר מנכים. המעקה שולל אפשרות מעבר מקשישים ואנשים אחרים המוגבלים בתנועתם. המעקה מקשה על מעברן של נשים עם ילדים קטנים.

17. פגיעתו של מעקה הבטון קשה. אורכו מעל ארבעים קילומטרים. הוא מגביל את תנועתם של מעל חמשת אלפי תושבים הגרים מדרום לו או שהם בעלי חלקות חקלאיות מדרום לו. העותרים הגישו תצהירים של עשרות תושבים מן הכפרים אשר נמצאים במובלעת הנתחמת על ידי מעקה הבטון מזה וגדר ההפרדה מזה. מעקה הבטון מגביל את תנועתם של תושבי הכפרים הללו באופן שמקשה על ניהול שגרת החיים. הוא מכביד באופן חמור על הגישה לשירותים בסיסיים וחיוניים הנמצאים במרכזים עירוניים סמוכים. הוא מקשה על פרנסתם של תושבי הכפרים הללו אשר נדרשים להגיע למרכזים העירוניים שבסביבה על מנת לשווק את תוצרתם, והוא מייקר באופן ניכר את עלויותיהם של מצרכים חיוניים כגון מים, מזון, דלק ומזון לבעלי החיים. בכך גורם מעקה הבטון לפגיעה בזכות הקניין, בחופש התנועה, בזכות לחינוך, לבריאות, לחיי משפחה ולכבוד. אכן, תוצאת בניית מעקה הבטון, שאורכו מעל 40 קילומטרים, היא בידודו של אזור רחב וניתוקו מיתר חלקי יהודה ושומרון. דפוסי חיהם של התושבים יושפעו באופן עמוק מניתוק זה. מדובר בשינוי רחב היקף לאוכלוסיה המקומית ובהטלת קושי של ממש על יכולתה להמשיך ולהתגורר באזור זה. אין מדובר ביישובים עצמאיים. אלו הם כפרים קטנים התלויים באופן מוגבר בקשר עם יישובי הסביבה. זאת ועוד. המעקה חוצץ בין חקלאים המתגוררים מצפון לו לבין גידוליהם ושטחי המרעה הנמצאים מדרום לו. כך, הוא מפריד בין היישוב דאהריה לבין כמחצית מהאדמות החקלאיות של תושביה. מעל ל-950 מתושבי דאהריה הם בעלי זכויות של קרקע חקלאית במובלעת. הוא מפריד בין העיירה סמוע לבין 80% מאדמותיה החקלאיות, שטח של כ-22,000 דונם. אמנם אין מדובר בניתוק מלא, שכן במעקה הבטון מצויים פתחים, דרכם יכולים התושבים לעבור ולחצות את הכבישים. ואולם מדובר בהכבדה משמעותית על יכולת התנועה של החקלאים באזור, בייחוד לאור השימוש הנרחב שהם עושים בבהמות משא ובהיקף הרחב של מרעה צאן.

18. האם הפגיעה עומדת במבחן המשנה הראשון של המידתיות? האם קיים קשר רציונאלי בין האמצעי שננקט לבין המטרה אותה מבקשים המשיבים להשיג? העותרים טוענים, כי לא מתקיים כל קשר הגיוני בין המטרה הביטחונית המוצהרת לבין בניית מעקה הבטון. אנשי המועצה לשלום ולביטחון אף טענו לפנינו, כי הקמת המעקה לא זו בלבד שאינה תורמת ביטחון, אלא שנוקה רב מתועלתה, שכן היא מחמירה את הסכנה הביטחונית לנוסעים בכבישים. מנגד, העמדה המקצועית של המשיבים היא כי הגבלת התנועה של כלי רכב באזור היא חשובה מבחינה ביטחונית, ותאפשר להתמודד עם איומים אשר נשקפים לנוסעים בכבישים. לפנינו שתי עמדות סותרות. כאשר קיימת מחלוקת מקצועית בין המפקד הצבאי לבין מומחים ביטחוניים אחרים יש להעניק משקל כבד לעמדתו המקצועית של המפקד הצבאי באזור. "עלינו לתת משקל מיוחד לחוות-דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון" (פרשת בית סוריק, עמ' 844, וכן ראה: בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 25; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה (טרם פורסם) פסקה 15; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: פרשת אלפי מנשה) פסקה 32 לפסק דיני; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 574-576). על כן, המבקש כי בית המשפט יעדיף עמדה מקצועית של מומחה אחר על פני עמדתו של המפקד הצבאי, מוטל עליו נטל כבד. העותרים לא הרימו נטל זה. לא השתכנענו כי עלינו להעדיף את דעתם המקצועית של חברי המועצה לשלום ולביטחון או דעתם המקצועית של המומחים הביטחוניים מטעם העותרים על פני עמדתו של מפקד האזור. במצב זה עלינו להניח את חוות-דעתו הביטחונית של המפקד הצבאי ביסוד פסק-דיננו. אנו מקבלים, אפוא, את עמדת המשיבים באשר לפתרון הצבאי לצרכים הביטחוניים באזור. נאמנה עלינו עמדתם, לפיה מעקה הבטון הוא אמצעי יעיל לשם הגנה על הנוסעים בכבישים. התוצאה היא, אפוא, שהקמת מעקה הבטון עומדת במבחן המשנה הראשון של המידתיות.

19. האם הפגיעה עומדת במבחן המשנה השני של המידתיות? האם עמדו המשיבים בחובתם לבחור לשם מימוש המטרה אמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר מבין האמצעים האפשריים? בהודעה עדכנית לבית המשפט המשיבים ציינו, כי בבדיקה חוזרת שביצעו, גילו פתחים נוספים במעקה הבטון, אשר מאפשרים מעבר הולכי רגל ובעלי חיים. העותרים מצידם הגיבו להודעה זו בטענה שרובם המכריע של פתחים אלו כלל אינם מאפשרים מעבר. חלקם מצויים במקומות בלתי עבירים מבחינה טופוגרפית, חלקם אינו נמצא כלל במקומות שבהם מבקשים תושבי המקום לחצות את הכביש.

חלקם כלל אינם פתחים אלא חרכים צרים שאינם עבירים לאדם ולבעל חיים. בהודעותיהם האחרונות המשיבים גם התחייבו כי בקשות נוספות להצבת פתחים במעקה הבטון ישקלו בחיוב. אכן, יש בכך כדי להקטין את עוצמת הפגיעה של המעקה. לקחנו בחשבון את הודעותיהם האחרונות של המשיבים, אך באלה לא די. השאלה הנבדקת במבחן המשנה השני של המידתיות היא האם בהשוואה לאמצעי שנבחר על ידי המשיבים – ועניין זה אנו בוחנים גם לאור הודעותיהם האחרונות – קיימת חלופה פחות פוגענית. התשובה לכך היא בחיוב.

20. האמצעי החלופי שפגיעתו פחותה הוא מעקה כפי שנבנה על ידי המשיבים, פרט לשוני אחד: במקום בטון יהא זה מעקה של ברזל, בדומה למעקי בטיחות אשר נבנים בצידי כבישים רבים בארץ ובמספר מקומות באזור. אמצעי זה הוצע על ידי העותרים. מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה. עדרי צאן יכולים לעבור מתחת לפס המתכת של הגדר. מעבר הגדר על ידי הולכי רגל הוא קל יותר. המשיבים, מצידם, אינם מכחישים כי גדר ממתכת עשויה להשיג את אותה התועלת הביטחונית שבבסיס מעקה הבטון, אך הם טענו לפנינו, כי קיים חשש לפירוק קטעי גדר על ידי גנבי מתכות. לאור הערכה זו, המשיבים בעמדה כי אין לעשות שימוש באמצעי זה. באי כוח המשיבים לא הציגו נתונים לגבי היקף תופעת גניבת המתכות באזור הנדון בעתירה או באזור באופן כללי. על כל פנים, הדרך המידתית דורשת הקמת מעקה מברזל ושמירה עליו מפני גניבה, ולא פגיעה קשה במרקם החיים של התושבים המקומיים. יצוין גם כי מן החומר שלפנינו עולה שבנוסף לחלופה של מעקה הברזל קיימות גם חלופות נוספות. אנשי המועצה לשלום ולביטחון ציינו בחוות דעתם כי לשם השגת המטרה הביטחונית שהצהירו עליה המשיבים, ניתן לבנות גם מעקה נמוך יותר, אשר ימנע באותה המידה מעבר כלי רכב גלגליים. מעקה נמוך יותר הוא קל יותר למעבר בעבור הולכי רגל ובעלי חיים. זהו אמצעי שפגיעתו קטנה יותר. במהלך העתירה עלו חלופות נוספות, כגון החלפת המעקה בעמודים עשויים מתכת או קוביות אבן אשר יוצבו בצפיפות כך שימנעו מעבר כלי רכב ויאפשרו מעבר חופשי של הולכי רגל ובעלי חיים. אין אנו עוסקים בבחירת החלופה המתאימה ביותר מבין חלופות אלו או מבין חלופות אחרות. עניין זה מצוי בסמכותם של המשיבים. תפקידנו לבדוק האם קיים אמצעי חלופי לאמצעי שבחרו בו המשיבים, אמצעי שישג את אותה התועלת ואשר פגיעתו קטנה יותר. אמצעי כזה קיים. הוא משיג את התועלת הביטחונית שבבסיס בניית המעקה, בעוד שפגיעתו במרקם החיים ובזכויות האדם של האוכלוסיה המקומית פחותה.

21. משכך מצאנו, המסקנה היא שמעקה הבטון אינו עומד בדרישת מבחן המשנה השני של המידתיות. כאשר ניצבו לפני המשיבים מספר חלופות רציונליות להשגת אותה התכלית הביטחונית, מוטלת הייתה עליהם החובה לבחור בזו שפגיעתה בזכויות אדם היא הפחותה. בחובה זו לא עמדו המשיבים. לאור הכרעתנו באשר לתנאי המידתיות השני, אין לנו צורך להמשיך ולבחון את התקיימות מבחן המשנה השלישי.

22. התוצאה היא שאנו עושים את הצו-על-תנאי למוחלט בנוגע לבניית מעקה הבטון. על המשיבים לפרק בתוך ששה חודשים את מעקה הבטון שבנו בין היישוב כרמל לבין היישוב טנא, לאורך כביש 60, כביש 317 והכביש המוביל אל היישוב טנא. המשיבים רשאים להקים מכשול חלופי, אשר עומד בקנה אחד עם פסק דיננו זה.

המשיבים ישאו בהוצאות העותרים בסך 25,000 ש"ח בכל אחת מן העתירות.

ה נ ש י א (בדימ')

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

ניתן היום, כ"ג בכסלו התשס"ז (14.12.2006).

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ה נ ש י א (בדימ')