



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5256/11

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרים: 1. ריאד אבו דהים
2. עמראן אבו דהים
3. מראד עלאן

נגד

המשיבים: 1. שר הבטחון
2. אלוף פיקוד מרכז
3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
4. ראש המינהל האזרחי

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד אהרון ברוכין

בשם המשיבים: עו"ד אסנת מנדל; עו"ד אבינעם סגל-אלעד

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. עניינה של עתירה זו בבקשת העותרים כי יבוטל צו תפיסה מס' 151/05/ת', המורה על תפיסת קרקעות לטובת הקמת תוואי גדר הביטחון מזרחית לירושלים, באזור מעלה אדומים (להלן: צו התפיסה), או לחלופין, שישונה התוואי (המתוכנן) של מכשול הגדר בקטע העובר במקרקעין שבבעלותם, הנמצאים בשטח B בתחום המועצה הכפרית אלעזרייה (להלן: המועצה המקומית, או עיזרייה) ושעליהם החלו העותרים – עוד בטרם שניתן להם היתר – בבנייתו של מבנה, אשר חלקו מצוי בתחום שטח צו התפיסה (להלן: המבנה). לחילופי חילופין מבקשים העותרים כי יבוטל הצו הסופי להפסקת

עבודה ולהריסה, אשר הוצא על-ידי ועדת המשנה לפיקוח על הבניה שליד מועצת התכנון העליונה (להלן: ועדת המשנה לפיקוח) ביחס למבנה.

להלן אביא את הנתונים הנדרשים להכרעה.

רקע

צו התפיסה ועתירות קודמות שהוגשו בעקבותיו

2. לצורך הקמת גדר ביטחון מזרחית לירושלים, באזור מעלה אדומים, הוצא בתאריך 16.08.2005 צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 151/05/ת' (יהודה ושומרון) התשס"ה-2005, אשר הורה על תפיסת מקרקעין בשטח כולל של 477 דונם, המצוי באדמות המועצה המקומית הכפרית אלעזרייה. תוואי הגדר מורכב משלושה חלקים: בחלק הצפוני עובר התוואי בקרבת כביש מס' 1, ממחלף הזיתים עד מחלף מעלה אדומים. במקטע המרכזי, מצפון-מזרח לעזרייה, מקיף התוואי את גבעת "ראס עזרייה". בחלקו המזרחי עובר התוואי במורדות הסמוכים לכביש 417, תוך הרחקתו ככל שניתן מהשטח הבנוי של הכפר והצמדתו למחנה צבאי הנמצא במקום. רוחבו של שטח צו התפיסה (מגבולו המערבי לגבולו המזרחי) הוא, ככלל, 100 מטרים.

3. בעקבות עתירה שהוגשה לבית משפט זה בשנת 2005, על-ידי המועצה המקומית עזרייה והעומד בראשה, מר עסאם פרעון (בג"צ 11205/05 מועצת הכפר עזרייה נ' ממשלת ישראל (23.05.2006) (להלן: בג"צ עזרייה)), אישר בית-משפט זה (הנשיא, כתוארו אז, א' ברק, בהסכמת השופטים: א' ריבלין ו-ס' ג'ובראן) את צו התפיסה ואת התוואי המתוכנן של הגדר, על אף הפגיעה האפשרית בהתפתחות העתידית של הכפר ובזכויות תושביו. לדברים שנפסקו שם השלכה ישירה על העתירה דנא, ואדרש אליהם ביתר-פירוט בהמשך. אציין כבר עתה כי בסיכומו של דבר פסק הנשיא שלא נמצאה עילה להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בקביעת תוואי הגדר באזור הכפר עזרייה.

יחד עם זאת, הנשיא א' ברק חתם את פסק-דינו בדברים הבאים:

"הכרעתנו זו מבוססת על ההנחה כי לא יחול שינוי כלשהי ביחס לגבעת "ראס עזרייה", לא מן הבחינה

התכנונית ולא מבחינת השימושים בה הלכה למעשה. כך, בכל מקרה של שינוי המצב הקיים, כגון קבלת תוכנית מתאר מיוחדת להרחבת הכפר עיזרייה, שינוי תוכנית מתאר של מעלה אדומים או ביצוע עבודות בניה, פתוחה בפני העותרים האפשרות לשוב ולפנות לבית המשפט, לבחינת מידתיותו של תוואי הגדר.

אקדים במעט את המאוחר ואציין כי העותרים נאחזים בדברים הנ"ל ומבקשים לראות בהם אסמכתה לקיומה של אפשרות לבחון מחדש את מידתיותו של תוואי הגדר במקטע העובר בשטח המקרקעין שבבעלותם, בעקבות עבודות הבניה שביצעו בהם. אדרש לטענה זו בהמשך, אך אבהיר כבר עתה כי לא ראיתי לנכון לקבלה, בנסיבות העניין.

4. עתירה נוספת שהוגשה על-ידי המועצה המקומית בקשר עם צו התפיסה ועם התוואי המתוכנן של הגדר בשטח צו התפיסה (בג"ץ 10921/08 מועצת אל עזרייה ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז ואח' (1.7.2009)) – נמחקה בהמלצת בית-משפט זה. בפסק-הדין מתאריך 1.07.2009 הובהרו הטעמים לכך, כדלקמן:

"שלושה עניינים הועלו בעתירה שבפנינו, שניים מהם כבר נחלת העבר וחל לגביהם שיהוי של שנים רבות. כאשר לגבעה בראס אל עזרייה כבר אושרה הקמת הגדר בבית משפט זה וחל שיהוי משמעותי בהעלאת הטענות הן לעניין השיוך המוניציפאלי והן לעניין תכניות הבינוי שחלק מהעותרים הגישו בעבר התנגדויות להן והן נדחו. גם כאשר לתוואי הכביש שתוכנן בהתאם לגדר נבחנו האפשרויות החלופיות, ואיננו רואים כיום עילה משפטית לתקיפת הצו לתפיסת מקרקעין שיצא בעניין זה...".

5. למען שלמות התמונה אציין כי עתירות נוספות שהוגשו, בין היתר, על-ידי המועצה המקומית אבו-דיס – שאדמותיה גובלות עם עיזרייה – בניסיון לתקוף את הצווים לתפיסת השטחים בהמשך תוואי הגדר מגבולו הדרומי של צו התפיסה לכיוון דרום מזרח (בג"ץ 9919/05 ו-1 בג"ץ 2001/06, שהופנו כנגד צווי התפיסה מס' 152/05 ו-153/05) – נמחקו בהמלצת בית-משפט זה (הנשיאה, כתוארה אז, ד' בייניש, השופטת א' פרוקצ'יה והשופט א' א' לוי), תוך שמירת טענות הצדדים – וזאת לנוכח הודעת המשיבים לפיה:

"לעת הזו [אפריל 2009], בשל מגבלות תקציביות ובשל צרכים אחרים המונחים לפתחה של מערכת הביטחון, בניית הגדר בתוואי בו מדובר אינה עומדת במקום גבוה

בסדר העדיפויות של המשיבים הנוגע להשלמת בניית
גדר הביטחון ברחבי איו"ש."

6. בתאריך 11.02.2010 נחתם צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 151/05/ת' (הארכת תוקף ותיקון גבולות) (מש/2 – להלן: הצו המעודכן), המאריך את תוקפו של צו התפיסה המקורי ומתקן באורח שולי את גבולותיו הצפוניים של השטח התפוס. חלקו הדרומי של תוואי צו התפיסה נותר כשהיה ולא השתנה מאז הוצאת הצו המקורי בשנת 2005 ואישורו על-ידי בית-משפט זה.

המצב בפועל בשטח צו התפיסה

7. מאז הוצאת הצו המקורי, תפסה מערכת הביטחון, בפועל, את רוב-רובו של שטח הצו (כ-90% ממנו), זולת המקטע הדרומי שלו באורך של כ-400 מטרים, הוא המקטע הרלוונטי לעתירה זו – וביצעה בו עבודות תשתית ופיתוח, לרבות פריצת דרך. במועד שמיעת העתירה טרם הושלמה הקמת מכשול גדר הביטחון בתוואי שטח צו התפיסה שהוצא, כאמור, עוד בשנת 2005.

באשר למקטע הרלוונטי לעתירה זו (חלקו הדרומי ביותר של צו התפיסה) – הוסבר לנו על-ידי המשיבים כי: "למרות הנחיצות של התוואי במעלה אדומים שיש בו צורך בטחוני מובהק" – טרם החלו בו עבודות להכשרת תוואי הגדר, וזאת בשל מגבלות תקציביות ושיקולים של סדרי-עדיפויות, אולם רצון המדינה הוא לממש את תוואי הגדר באזור זה.

המבנה מושא העתירה והליכי האכיפה והפיקוח שננקטו ביחס אליו

8. בתאריך 15.06.2010 רכשו העותרים 1 ו-2, תושבי קבע בישראל, זכויות במקרקעין הנמצאים בתחום המוניציפאלי של המועצה המקומית עיזרייה (והידועים כגוש 6, חלקה 193), בהתאם לשני הסכמי מכר שערכו עם מי שהיו באותה העת בעלי הזכויות הרשומים במקרקעין (הסכמי המכר הכתובים בערבית צורפו כנספח ד' לעתירה, ללא תרגום).

9. בראשית חודש ספטמבר 2010 החלו העותרים בביצוע עבודות חפירה במקרקעין ובבניית המבנה, מושא העתירה. בתאריך 28.09.2010 (לאחר שהחלו בביצוע עבודות הבניה) פנו העותרים למועצה המקומית עיזרייה בבקשה לקבל היתר

לבניית מבנה ששטחו הכולל יהיה כ – 1,500 מ"ר, העתיד להיבנות במספר קומות ומיועד לשמש כאולם אירועים ומרכז ספורט. היתר ל"תוספת בנין" כאמור ניתן על-ידי המועצה המקומית בתאריך 2.02.2011 (היתר בניה מס' 090 – נספח ו' לעתירה).

10. בתאריך 22.12.2010 מסר פקח של ועדת המשנה לפיקוח, בידי העותרים, צו הפסקת עבודה ביחס ליציאת קירות ויסודות במקרקעין, מכוח סעיף 38(1)-(3) לחוק תכנון ערים כפרים ובניינים מס' 79 לשנת 1966.

11. כאן המקום להתייחס למיקומו של המבנה ביחס לשטח צו התפיסה – סוגיה שלגביה ניטשה בין העותרים לבין המשיבים מחלוקת עובדתית, אשר ראוי להכריע בה כבר בשלב זה, גם אם תוך חריגה מסוימת ממהלך הצגת הדברים המקובל.

12. שלד-המבנה הוקם, אמנם, על שטח שאינו הומוגני מבחינת סיווגו, ואולם – לאחר בחינת מכלול החומרים והעזרים שהוצג בפנינו, בעיקר על-ידי המשיבים, לרבות: מפות הצו, תצלומי אורטופוטו, מפת מדידה באישור מודד ותעודת עובד ציבור של רח"ת תשתיות, ניתן לקבוע כדלקמן: חלקו הצפון-מערבי של המבנה (כ-40%-30% משטחו הכולל) מצוי בשטח B (שאינו "שטח תפוס") – הנתון לשליטה אזרחית של הרשות הפלסטינית ולשליטה ביטחונית ישראלית. החלק-הארי של המבנה (60%-70% משטחו הכולל) – מצוי בשטח B שהוא גם "שטח תפוס" בצו התפיסה. קצה-קצהו הדרומי-מזרחי של המבנה – בנוי על שטח C שבשליטה ישראלית מלאה (ביטחונית ואזרחית), שגם הוא נתפס בצו התפיסה. יצוין, כי המבנה הוקם בסמיכות רבה למחנה צבאי הנמצא מזרחית לו. בין גבולו המערבי של המבנה לבין גבולו המזרחי של המחנה הצבאי מפרידים כ-42 מטרים בלבד.

עתה נחזור לרצף הדברים והאירועים.

13. בדיון שהתקיים בפני ועדת המשנה לפיקוח בתאריך 27.01.2010 (תיק בב"ח 2/11) – כפרו העותרים, באמצעות באי-כוחם דאז, בסמכות ועדת המשנה לפיקוח ליתן צו המכוון כנגד ביצוע עבודות בניה בשטח B, הנעשות בהתאם להיתר שהתקבל מאת המועצה המקומית.

14. בהחלטה מנומקת מתאריך 17.02.2011 דחתה ועדת המשנה לפיקוח את טענת העותרים, מהנימוקים שיובאו להלן מתוך החלטת הועדה:

"...אכן, בדיקת תחום תשתית העלתה כי הבינוי מצוי בשטח B. עם זאת, הבינוי מצוי בתחום צו תפיסה 151/05. משכך, מוסמכת הוועדה לדון בעניינו. ונסביר. הבינוי נמצא בשטח התפוס לצרכים צבאיים. משכך, הקמת בינוי בתחום השטח טעונה קבלת היתר מהממונה [הממונה על מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים – פ"ח]. זאת, בהתאם להוראות צו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה ושומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982. על פי הוראות הצו, מקום בו הוקם בינוי בלא היתר מהממונה, קמה סמכות פיקוח ואכיפה לממונה ולמי מטעמו. יצוין, כי הממונה אצל לידי ועדת המשנה לפיקוח את סמכויותיו לפי ס' 6 לצו להוציא צו הריסה כנגד בינוי שנבנה ללא היתר מן הממונה או בסטייה מתנאי ההיתר. היתר מאת הממונה כאמור, לא הוצג בפנינו... הס' הרלוונטי לעניינו, הינו ס' 34 לחוק התכנון הירדני, הקובע את סמכותה של וועדה המקומית או וועדת התכנון המחוזית לפעול כנגד בינוי שהוקם ללא היתר. נציין עוד, כי מפקד כוחות צה"ל באזור, העביר את כלל הסמכויות אשר ניתנו לוועדה המחוזית, לידי מועצת התכנון העליונה (סעיף 2 לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 418), התשל"א-1971) וזו האחרונה, העבירה חלק מסמכויותיה לוועדת המשנה לפיקוח" (ראו: החלטה מתאריך 17.2.2011, נספח ז' לעתירה – פ"ח).

לנוכח החלטה זו נקבע תיק הבב"ח לדיון נוסף בפני הועדה וניתנה לבא-כוח העותרים הזדמנות להעביר טיעוניהם לגופו של עניין, בכתב, או לטעון בפני הועדה.

15. בדיון שערכה הועדה בתאריך 17.03.2011 הסתפק בא-כוח העותרים בחזרה על טענת היעדר-הסמכות, מבלי לטעון לגופו של עניין. בהחלטתה בתום הדיון (נספח ט' לעתירה), קבעה ועדת המשנה לפיקוח כי המבנה נבנה ללא היתר בנייה כדין והוציאה צו סופי להפסקת עבודה ולהריסת המבנה.

בינוי לבינוי, המשיכו העותרים בביצוע עבודות בנייה במקרקעין (תוך הפרת צו הפסקת העבודה מתאריך 22.12.2010), ובעקבות זאת ננקטו נגדם הליכי אכיפה ופיקוח נוספים, לרבות תפיסת טובין.

פניותיהם של העותרים בבקשות שונות לעיכוב ביצוע הצו הסופי להפסקת העבודות, לביטולו ולהחזרת הטובין שנתפסו במקרקעין במסגרת הליכי אכיפה ופיקוח שננקטו נגדם – נדחו.

העתירה וטענות הצדדים בגדרה

16. על הרקע הנ"ל הגישו העותרים את העתירה דנא, בגדרה ביקשו את הסעדים המפורטים בפסקה 1 שלעיל.

17. בתאריך 13.7.2011 הוציא חברי השופט ס' ג'ובראן צו ארעי המורה למשיבים להימנע מביצוע צו ההריסה עד למתן החלטה אחרת. בתאריך 27.7.2011 – לאחר שהמשיבים הודיעו כי אין כוונה להרוס את שלד המבנה, מושא העתירה, לפני הגשת התגובה המקדמית לעתירה – הוחלף הצו הארעי בצו ביניים שיעמוד בתוקפו עד למתן החלטה אחרת ובכפוף לכך שהעותרים לא יעשו כל עבודה בשטח ובשלד המבנה ויכבדו את צו הפסקת העבודה (להלן: צו הביניים).

18. לטענת העותרים הם לא ידעו ולא יכלו לדעת על קיומו של צו התפיסה, מאחר שלא ניתן לו פומבי, וממילא, לטענתם, בניית המבנה קדמה לצו התפיסה שהוצא בתאריך 11.02.2011.

בנוסף, חוזרים העותרים על הטענות שהעלו בפני ועדת המשנה לפיקוח (ונדחו), לפיהן המבנה נבנה על קרקע פרטית הנמצאת בתחומי המועצה המקומית, בשטח, אשר לפי ההסכמים עם הרשות הפלסטינית הוגדר כשטח B – שהוא בסמכותה האזרחית המלאה והבלעדית של הרשות הפלסטינית – ומשכך הקמתו אינה טעונה קבלת היתר מאת הממונה על מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (להלן: הממונה), ואין לוועדת המשנה לפיקוח סמכות לנקוט בהליכי פיקוח ואכיפה ביחס אליו.

זאת ועוד – אחרת. לטענת העותרים, עובר לרכישת המקרקעין נמסר להם על-ידי המועצה המקומית כי לא קיימות מגבלות כלשהן בנוגע לשטח זה והם רשאים לבנות בו כל מבנה בהתאם להיתר בנייה כדין, אשר ניתן להם על-ידי הרשות המקומית, על פי סמכותה החוקית. לתמיכה בטענתם זו צרפו העותרים לעתירתם מסמך חתום בידי

יושב ראש המועצה, מתאריך 26.04.2011, המאשר כי: "המועצה לא קיבלה כל הודעה על החלטות כלשהן על תפיסת הקרקע במיקום האמור" (נספח ה' לעתירה).

כמו-כן טוענים העותרים כי אי-מימוש צו התפיסה במקטע הדרומי של צו התפיסה, מאז הוצאת הצו המקורי בשנת 2005 ועד היום, מעיד כי לא שיקולי ביטחון אמיתיים עמדו ביסוד הוצאת צו התפיסה, ומכל מקום – התוואי המתוכנן איננו הכרחי ואיננו מידתי. לטענת העותרים, באם יוותר על כנו הצו הסופי להפסקת העבודות ולהריסת המבנה, ייגרם להם נזק כבד ביותר וסכום של כחמישה מיליון שקלים שהם ובני משפחתם השקיעו ברכישת הקרקע ובניית שלד-המבנה – ירד לטמיון. לעומת זאת, לשיטת העותרים, ניתן לממש את התכלית שלשמה נתפס השטח גם באמצעי שפגיעתו בזכויותיהם הקנייניות פחותה, באמצעות שינוי נקודתי בתוואי המתוכנן של הגדר ובניית חומה באזור המבנה.

19. המשיבים טוענים כי דין העתירה להידחות. לטענת המשיבים, תוואי הגדר תוכנן מלכתחילה באופן שיתרחק ככל שניתן מהשטח הבנוי של הכפר תוך הצמדתו למחנה הצבאי הנמצא במקום. הקמת המבנה בתחום הצו, בסמוך לתוואי ולבסיס הצבאי – יש בה כדי לאיין את הצורך הביטחוני שלשמו הוצא הצו. התוואי של צו התפיסה המקורי – שלא השתנה בחלקו הרלוונטי לעתירה זו מאז הוצאתו בשנת 2005 – נבחן ואושרר על-ידי בית משפט זה ב-בג"צ עיזרייה ואין מקום לפתוח את העניין לדיון מחדש בגדרי עתירה זו. גם פסקי הדין שניתנו על-ידי בית משפט זה ב-בג"צ 11205/05 וב-בג"צ 10921/08 מאשרים, למעשה, כי התוואי המתוכנן של הגדר בשטח צו התפיסה הוא מידתי ולא קיימת עילה לתקיפתו של הצו.

בנוסף טוענים המשיבים כי העותרים החלו בבניית המבנה לפני שניתן להם היתר בניה וגם ההיתר שניתן בדיעבד, על-ידי המועצה המקומית, איננו חוקי. מאחר שהמבנה הוקם (לפחות בחלקו) בשטח צו התפיסה – קנויה לוועדת המשנה לפיקוח סמכות להורות על הריסתו מכוח הוראות הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997) התשמ"ב-1982.

עוד טוענים המשיבים כי שיקולים ביטחוניים אינם מאפשרים את הסטת תוואי הגדר והותרת המבנה על תילו. לטענת המשיבים, התוואי המתוכנן לגדר מצוי בסמוך לגבעה, בשטח הגבוה באופן בולט משאר האזור. הסטת התוואי כדי ששלד המבנה יוותר על כנו ויהפוך לבניין, תביא לאובדן היתרון הטופוגרפי שקיים בתוואי הנוכחי

ולהצבת הגדר באזור נחות, שאינו יכול לתת את המענה הביטחוני הדרוש, מה גם שלא יוותר מרחב מספק לביצוע פטרול בכלי רכב, ואף לא פטרול רגלי בין הגדר לבין המבנה שייבנה. כמו-כן, הותרת המבנה בצמוד לתוואי ובקרבה לבסיס הצבאי המצוי בסמוך מאוד אליו (פחות מ-50 מטרים), מהווה תורפה ביטחונית קשה, שכן הבניין עלול לשמש גורמים עוינים לביצוע ירי ותצפיות לעבר כוחות הביטחון – חשש המתחדד לאור העובדה שהמבנה מיועד לשמש כמבנה אירועים, שרבים צפויים לפקוד אותו.

בנוסף, מטעמים המשיבים כי בהתאם לתפיסת הביטחון של גדר הביטחון, נדרשת רצועה המיועדת להחלת צו איסור בנייה הצמוד לצו התפיסה של הגדר, לטווחים של בין 200 עד 400 מטרים לכל צד. באם תאושר הקמת המבנה שהעותרים החלו לבנות – שלא כדין – קיים חשש כי הדבר יהווה פתח לבניית מבנים נוספים באזור, באופן שיפגע עוד יותר בתכלית שלשמה הוצא הצו. עמדת גורמי הביטחון היא כי אין בנמצא חלופה אחרת לתוואי הגדר באזור, שיכולה לספק במידה סבירה את התכלית הביטחונית שלשמה הוצא הצו. הפגיעה שגורמת הגדר (המתוכננת) באיזור זה למרקם חיי התושבים היא פרופורציונלית ביחס לתוספת התועלת הביטחונית הרבה שיש בתוואי הקיים – על פני כל תוואי תיאורטי אחר, ואילו לעותרים, שהחלו בבניית שלד המבנה בתוך שטח צו התפיסה, ללא היתר בניה – אין אלא להלין על עצמם. ומכל מקום – אין מקום "להכשיר" בנייה בלתי חוקית תוך פגיעה בצרכי הביטחון ובתכלית שלשמה הוצא צו התפיסה.

20. במענה לטענות המשיבים לפיהן תוואי הגדר אושר על-ידי בית-משפט זה במסגרת העתירה שהגישה המועצה המקומית, מפנים העותרים לדברים שבהם חתם כב' הנשיא א' ברק את פסק-דינו ב-בג"צ עיזורייה, לפיהם: "...בכל מקרה של שינוי המצב הקיים, כגון קבלת תוכנית מתאר מיוחדת להרחבת הכפר עיזורייה, שינוי תוכנית מתאר של מעלה אדומים או ביצוע עבודות בניה, פתוחה בפני העותרים האפשרות לשוב ולפנות לבית המשפט, לבחינת מידתיותו של תוואי הגדר" (ההדגשות הוספו – פ"מ). מדברים אלו מבקשים העותרים ללמוד, כאמור, כי מוקנית לבית-משפט זה סמכות לשוב ולהידרש לעניין ולשקול מחדש קיומה של חלופה לתוואי שאושרר במקרה של שינוי המצב הקיים, כגון: ביצוע עבודות בניה במרחב, וכאשר מובאים בפניו נתונים בדבר פגיעה בקניינם הפרטי של התושבים (בשונה מהתשתית העובדתית שהונחה בפני בית משפט זה בבואו להכריע ב-בג"צ עיזורייה, הנ"ל).

במענה לטענות המשיבים בדבר היעדר חלופה אחרת לתוואי הגדר במקום, הגישו העותרים חוות דעת של אל"מ (מיל.) שאול אריאלי, אשר שימש, בין היתר, כסגן המזכיר הצבאי של שר הביטחון וראש הממשלה והיה חבר בהנהלת המועצה לשלום ולביטחון – וזו צורפה, לבקשת העותרים ובהסכמת המשיבים – לעתירה.

בחוות דעתו עומד אל"מ (מיל.) אריאלי על כך שהצורך הממשי והדחוף שעמד ביסוד קביעת תוואי מכשול הגדר במרחב מעלה אדומים – צמצום חדירת טרוריסטים לישראל – אינו מתקיים יותר, והראיה לכך היא ההודעה שמסרו המשיבים במסגרת בג"צ 2001/06 לפיה בניית הגדר באזור אינה עומדת עוד במקום גבוה בסדר העדיפויות הצבאי. לטענתו, כל האיומים שהמשיבים מיחסים להקמת המבנה מתקיימים כבר היום באמצעות מבנים אחרים הקיימים במקום. ככל שהצורך הביטחוני שלשמו הוצא הצו במקטע זה הוא הצורך בהגנה על הבסיס הצבאי – הרי שזהו אינו צורך ביטחוני רלוונטי או לגיטימי, שכן תכלית המכשול היא להגן על היישוב (מעלה אדומים) ולא על המחנה הצבאי המאכלס את כוחות הביטחון המגנים על הישוב – מחנה, המהווה אמצעי להשגת המטרה ואינו יכול להוות מטרה להגנה בפני עצמה. בנוסף, טוען אל"מ (מיל.) אריאלי כי ניתן יהיה לממש את הצורך הביטחוני, מבלי להסיט את תוואי המכשול מחד גיסא, ומבלי לפגוע בזכויות העותרים, מאידך גיסא, וזאת על-ידי בניית חומה, במקום גדר, בחלק המזרחי של צו התפיסה. כך נעשה, לטענתו, באזורים אורבניים אחרים שבהם קיים חשש ליירי ישיר על בתים, או על כלי רכב (דוגמת: ירושלים, בת חפר, כביש חוצה ישראל מול טול כרם וקלקליה). לגישת אל"מ (מיל.) אריאלי, המצב שבו המבנה יוחזק בידי העותרים, אשר יפקחו עליו במשך כל שעות היממה, עדיף לאין ערוך על השארת השטח כשהוא נטול נוכחות אזרחית מפקחת, מה גם שישנה חשיבות ביטחונית רבה, לטענתו, לעובדה שעל הצבא להימנע מיצירת רגשות עוינים, שמקורם בשרירות לב, קיפוח והשפלה, בקרב האוכלוסייה הפלסטינית.

21. בתום הדיון שקיימנו בעתירה ולשם מיצוי הבירור, הצענו לצדדים לערוך סיור משותף בשטח, שלאחריו ימסרו הודעות עדכון מטעמם, ובעקבות כך תבוא הכרעתנו. סיור כזה אכן נערך, בהשתתפות גורמי המשיבים ונציגי העותרים. בהודעת עדכון מטעם המשיבים, שנתמכה בתצהירו של אל"מ עופר הינדי, ראש מנהלת "קשת צבעים" ותפר בפיקוד המרכז, הודע לנו, בין היתר כי בתום הסיור נתקיימה התייעצות בהשתתפות כלל הגורמים הרלוונטיים בצה"ל ובפרקליטות, והנושא הוצג בשנית גם לאלוף פיקוד המרכז. הצעותיהם של העותרים נבחנו, אך נמצא כי החלופות שהוצעו על-ידם אינן נותנות מענה לצרכים הביטחוניים בהקמת גדר הביטחון.

22. בתגובה להודעת העדכון מטעם המשיבים, העותרים מסרו תשובה מטעמם, שבה הם טענו בעיקר כי תכלית הגדר המתוכננת באזור היא הגנה על תושבי מעלה אדומים ולא הגנה על המחנה הצבאי. בהסתמך על חוות דעתו של אל"מ (מיל.) אריאלי, חולקים העותרים גם על טענת המשיבים כי נשקף סיכון ביטחוני מהמבנה. לטענת העותרים, סירובם של המשיבים להסתפק בחלופה שפגיעתה בעותרים פחותה (חומה) – יש בה משום נקיטת עמדה המפלה את העותרים לרעה, בהשוואה לאופן שבו טיפלו המשיבים במבנים אחרים באזורים מיושבים.

"הודעות מעדכנות" נוספות הוגשו, הן מטעם המשיבים והן מטעם העותרים, (בהתאמה) – ואף הן עמדו לנגד עינינו בכואנו להכריע בעתירה.

דיון והכרעה

23. לאחר שנסקרו הדברים עד כאן – הגיעה עת הכרעה. בעקבות בחינת טענות הצדדים וכל החומר הרב שהוצג בפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה – להידחות, בכפוף לאמור בפסקה 31 שלהלן, וכך אציע לחברי כי נעשה. אפרט את הטעמים שהובילוני למסקנה זו.

24. במוקד העתירה עומד מבנה שהעותרים החלו, בשנת 2010, בבנייתו – ללא היתר בנייה – ואשר חלקו הגדול נמצא בתחום צו המורה על תפיסת חזקה במקרקעין לצורך הקמת גדר הבטחון באזור מעלה אדומים, שהוצא כבר בשנת 2005. בית משפט זה נדרש לחוקיות צו התפיסה ולמידתיותו של תוואי-הגדר המתוכנן – ואישר אותו. עתירה נוספת שביקשה לתקוף את צו התפיסה נמחקה הן מפאת שיהוי בהגשתה והן בהיעדר עילה לתקיפת הצו. במצב הדברים המתואר, דומה עלי כי אין בידי בית משפט זה להעניק לעותרים את הסעדים הנעדרים, ולו מחמת כך שאין הצדקה "לפתוח מחדש" – בעקבות עובדות שיצרו העותרים בשטח, באופן בלתי חוקי (כפי שיבואר בהמשך) – סוגיה שנדונה והוכרעה לפני כתשע שנים.

בהקשר זה אבקש להעיר מספר הערות בהתייחס לטענות העותרים:

(א) הצו המעודכן לא שינה, במהותו, את תוואי הגדר. אמנם נערכו בו תיקוני-גבולות מינוריים במקטע הצפוני שלו. אולם, מדובר בתיקוני-לוואי איזוטריים, התפלים לתוואי שאושר על-ידי בית-משפט זה. תיקוני גבולות אלה נעשו כדי להתאים את

"תוואי המפה" לתוואי שהוכשר בשטח. לא ניתן לומר כי בפנינו צו חדש, השונה באופן מהותי מהצו הקודם, ולפיכך – הטעמים שעמדו ביסוד הוצאת הצו המקורי, שאושר על ידי בית משפט זה ב-בג"צ 11205/05 הנ"ל, תקפים גם כיום. הדברים נכונים בפרט בנוגע למקטע הדרומי – הרלוונטי לעתירה זו – שבו לא נעשו תיקוני-גבולות כלשהם והוא נותר כפי שהיה בצו המקורי.

(ב) אמנם, ב-בג"צ עיזרייה הנ"ל נדון בעיקר המקטע המרכזי של התוואי (סביב גבעת "ראס עיזרייה"), ואולם עיון בפסק-דינו של הנשיא א' ברק מלמד כי התוואי כולו נבחן ואושר. ראו, למשל, סעיף 12 לפסק-הדין, בו נכתב: "בחנו בקפידה את התוואי המתוכנן באיזור הכפר עיזרייה". יתרה מכך – המועצה המקומית הגישה התנגדויות גם לתוואי הגדר במקטעים האחרים של הצו, אך בחרה לעתור לבית משפט זה רק כנגד התוואי במקטע המרכזי. בנסיבות אלה ניתן, לדעתי, לומר כי התגבש מעין מעשה בית-דין, המונע מהעותרים מלעתור כיום לביטולו של הצו (ראו והשוו: בג"צ 761/13 כהן נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (10.02.2013), בפסקה 6; בג"צ 3227/09 ועד משפחות הקבורים בבית הקברות מאמן אללה (ממילא) נ' רשות העתיקות (23.12.2009); בג"צ 8917/06 עטא נ' שר הפנים (7.01.2007), בפסקה ה'; בג"צ 4842/06 פלוני נ' שר הפנים (11.04.2007), בפסקה 9; בג"צ 3785/06 ד' ס' נ' מפכ"ל משטרת ישראל (25.09.2006); בג"צ 4047/05 פרחי נ' שר הפנים (28.06.2005); בג"צ 3731/95 סעדיה נ' לשכת עורכי הדין (19.06.1995), בפסקה 5; בג"צ 20/64 "המטייר" בע"מ נ' המפקד על התעבורה, פ"ד יח(3) 245, 250 (1964)).

(ג) לא די בכך שבמרוצת הזמן שחלף מאז הוצאת צו התפיסה המקורי ועד היום השטח לא נתפס בפועל על-ידי גורמי הביטחון, כדי להעיד על זניחת הצורך בצו התפיסה, או כי מלכתחילה לא עמד צורך ביטחוני ביסוד הצו. אני מוכן להניח כי במקרים מסוימים ייתכן וניתן לטעון שהשתהות במימוש צו תפיסה לצרכים צבאיים עשויה להצביע על זניחת המטרה שעמדה בבסיס תפיסת המקרקעין או שלא היה צורך בכך מלכתחילה (ראו, באנלוגיה, למשל: בג"צ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309 (1996) (להלן: עניין מחול)), אלא שבעניינינו – אין מקום לטענה שכזו. בית-משפט זה בחן בקפידה את התוואי המתוכנן באיזור הכפר עיזרייה, בסמוך להוצאת צו התפיסה, ולאחר שקיבל הסברים מפורטים על השיקולים שעמדו ביסוד בחירת התוואי, הגיע לכלל מסקנה כי ביסוד התוואי שנקבע אכן מונחים שיקולים ביטחוניים. וכך, בין היתר, פסק הנשיא ברק ב-בג"צ עיזרייה:

“...אין בידנו לקבל את טענת העותרים כי ביסוד הקמת הגדר באיזור עומד שיקול פוליטי. מתוך הנתונים שהובאו בפנינו, אין אנו מוצאים סיבה להניח כי מטרת הקמת הגדר הינה פוליטית ולא ביטחונית...”

בחנו בקפידה את התוואי המתוכנן באיזור הכפר עיזרייה. קיבלנו הסברים מפורטים על השיקולים שעמדו ביסוד בחירת התוואי. הגענו לכלל מסקנה כי ביסוד התוואי שנקבע מונחים שיקולים ביטחוניים. לא שיקול מדיני או פוליטי הנחה את מתכנני הגדר, אלא הצורך להגן על שלומם וביטחונם של הישראלים, הן אלה המתגוררים בישראל, והן אלה המתגוררים במעלה אדומים; הן אלה הנעים מירושלים למעלה אדומים ולים המלח והן אלה הנעים ממעלה אדומים וים המלח לירושלים. לנוכח כל אלה, מסקנתנו היא שהטעם להקמת הגדר הוא ביטחוני...” (ההדגשות כאן ולהלן הוספו – ח”מ).

אין מקום להרהר אחר קביעה זו רק בשל כך שמקטע המהווה כ-10% בלבד מאורכו של תוואי צו התפיסה – לא נתפס בפועל, עד עתה.

(ד) יתר על כן – המשיבים הציגו בפנינו טעמים טובים לעיכוב שחל בתפיסת השטח. הדבר נגרם, לטענת המשיבים, בשל סדרי עדיפויות שהוכתבו, בין היתר, משיקולים תקציביים. שיקולים אלה הם שיקולים רלוונטיים בבניית מכשול גדר הביטחון, שאין מקום לדעתי להתערב בהם (בפרט בנוסחות שבהם ניתן מענה מסוים לצרכי הביטחון הכלליים באיזור, בדמות המחנה הצבאי המצוי במקום). המשיבים הצהירו בפנינו כי גם כיום ישנו צורך ביטחוני מובהק בקיומו של מכשול באזור ונחיצותו של צו התפיסה חשובה על מנת לממש את רצון המדינה בקיומו של המכשול באזור מעלה אדומים בתוואי המתוכנן. הצו המעודכן נחתם מאחר שהמפקד הצבאי סבר “כי הדבר דרוש לצרכים צבאיים ולנוכח הנסיבות הביטחוניות המיוחדות השוררות באזור...” במקטעים האחרים של צו התפיסה – ברוב רובו של שטח הצו – נעשו זה מכבר עבודות נרחבות להכשרת התוואי, ולטענת המשיבים, רצון המדינה הוא לממש את תוואי הגדר במקטע הרלבנטי בקרוב. במצב דברים זה לא ניתן לומר כי המטרה שלשמה הוצא צו התפיסה – נזנחה.

(ה) אכן, פסק-הדין ב-בג”צ עיזרייה פותח פתח-מסוים לדיון מחודש בתוואי הגדר באזור במקרה של שינוי המצב הקיים, בין היתר, בדרך של ביצוע עבודות בניה. אלא שבהקשר זה מקובלת עלי עמדת באת-כוח המשיבים לפיה יש לפרש את דברי הנשיא ברק באותו עניין כך שהם מתייחסים לשינוי המצב הקיים בדרך של ביצוע עבודות

בנייה חוקיות, על פי תוכנית מתאר שאושרה או לפי היתר שניתן כדיון, ולא לשינוי במצב הקיים על דרך של יצירת עובדות בשטח באמצעות בניה בלתי חוקית (כבענייננו – כפי שיובהר מיד בס"ק (ו') שלהלן).

(ו) העותרים החלו בביצוע עבודות חפירה במקרקעין ובבניית המבנה עוד בטרם שפנו למועצה המקומית בבקשה לקבל היתר וממילא עוד בטרם שניתן להם היתר כאמור. העותרים אף יצקו יסודות וקירות במקרקעין לפני שניתן להם היתר מאת המועצה. ניכר, איפוא, כי העותרים ביקשו "לקבוע עובדות בשטח" בהיותם, למצער, אדישים לשאלת חוקיותה של הבניה. בנסיבות אלה – אפילו לשיטתם של העותרים – לא ניתן לומר כי הם ביצעו את עבודות הבנייה בהיתר (ראו והשוו: בג"ץ 5493/08 עלי חטיב נ' ועדת המשנה לפיקוח על הבניה (7.11.2010), בפסקה ו' והאסמכתאות שם (להלן: עניין חטיב)).

(ז) יתרה מכך – אין בכוחו של ה"היתר" שניתן על-ידי המועצה המקומית כדיעבד (כחודשיים לאחר תחילת העבודות בשטח) "להתיר" בניה ב"שטח תפוס" לצרכים צבאיים, גם אם זה מצוי בתחומי שטח B הנתון לשליטה אזרחית של הרשות הפלסטינית. סעיף 2(ב) לצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה ושומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982 (להלן: הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים), שכותרתו: "עבודות טעונות היתר" – מורה כי לא יתחיל אדם בהקמתו של מבנה, או כל חלק של מבנה (ראה הגדרת "בניין" בסעיף 1 לצו האמור), בשטח שנתפס על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לצרכים צבאיים (ראה הגדרת "שטח תפוס" בסעיף 1 לצו האמור), אלא לאחר שניתן לו היתר לכך מאת הממונה על מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים, או מי שהוסמך לכך על-ידו (לעיל ולהלן: הממונה). לממונה מוקנית, איפוא, סמכות בלעדית להתיר בניה ב"שטח תפוס" ואין נפקא מינה אם רק חלקו של המבנה מצוי בתחום השטח התפוס. מכאן שלמועצה המקומית לא היתה סמכות להתיר בניה בשטח התפוס וההיתר שהוצא על-ידה חסר נפקות ביחס לבניה שנעשתה על-ידי העותרים בתחום שטח צו התפיסה.

בהקשר זה אעיר כי קשה שלא לתהות על המכתב, החתום בידי יושב-ראש המועצה (נספח ה' לעתירה), "המאשר", כי המועצה לא קיבלה כל הודעה על החלטות כלשהן על תפיסת הקרקע במיקום האמור – וזאת בשעה שהמועצה המקומית ויושב-הראש שלה, החתום על המכתב, היו העותרים ב-בג"צ עיזרייה, אשר ביקש לתקוף את צו התפיסה.

(ח) בהיעדר היתר מאת הממונה (או בסטייה ממנו), רשאית ועדת המשנה לפיקוח שהוסמכה לכך על-ידי הממונה, ליתן צו הריסה מנהלי, מכוח סעיף 6 לצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים. היתר כאמור לא הוצג בפני ועדת המשנה לפיקוח (וגם לא בפנינו), ומכאן שבדין הוציאה ועדת המשנה לפיקוח צו הריסה סופי ביחס למבנה. בנסיבות אלה, אין עילה להיעתר לדרישת העותרים לאסור על קיומם של הליכי אכיפה ביחס למבנה שנבנה מבלי שקדמה לבנייתו פנייה לממונה וממילא מבלי שניתן היתר לבנייתו מאת הממונה (ראו והשוו: בג"ץ 5665/11 כפר אדומים נ' שר הבטחון (10.10.2012), בפסקה 8 לפסק-דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן). יוער, כי העותרים טענו אמנם בעתירה, בשפה רפה, כי החלטת ועדת המשנה לפיקוח לוקה בחוסר סמכות וביקשו "לחילופי חילופין" לבטל את הצו הסופי להפסקת עבודה ולהריסה שיצא תחת ידי הוועדה – ואולם לא נמצא בפיהם טעם טוב המצדיק התערבות בהחלטה זו על נימוקיה (לעניין סמכויותיה של ועדת המשנה לפיקוח – ראו: בג"ץ 10408/06 קבהה נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון (25.09.2007) בפסקאות 3-4 והאסמכתאות שם).

לא מיותר להעיר בהקשר זה כי בדיון שנערך בפנינו חזר בו בא-כוח העותרים מהטענה שצו התפיסה אינו חל על שטח B. משכך – איננו נדרשים להכריע בסוגית תוקפו של צו התפיסה במקטע שעליו נבנה המבנה מושא העתירה, מה גם שתוואי צו התפיסה כולו אושר זה מכבר על-ידי בית-משפט זה (ב-בג"צ עיזרייה הנ"ל). עם זאת, נעיר כי נראה שהסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, והמנשר בדבר יישומו, המאמץ אותו בדיני האזור – אינם גורעים מסמכותו של מפקד האזור לתפוס מקרקעין לצרכים צבאיים, מכח תקנה 52 לנספח לתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, באזור שטח B, וייתכן שאף באזור שטח A (ראו, למשל, סעיף 6א(4) למנשר בדבר יישום הסכם הביניים (מנשר מס' 7), המורה כי: "מפקד כוחות צה"ל באיזור וכן כל מי שנתמנה על ידו או פועל מטעמו יוסיפו להיות בעלי כוחות ותחומי אחריות, לרבות כוחות חקיקה, שיפוט ומינהל, על כל אחד מאלה – כל עניין הנוגע לביטחון החוץ של האזור, לבטחון ולסדר הציבורי של הישובים, האתרים הצבאיים וישראלים").

25. די באמור עד הנה כדי להביא לדחיית העתירה, שמשמעותה היא כי הצו הסופי להפסקת עבודה ולהריסת המבנה, מושא העתירה עומד על כנו – ודין המבנה, הבנוי בתחום שטח צו התפיסה, להיהרס.

בניה בלתי חוקית בשטח שנתפס בצו – יש, ככלל, להרוס, ולא להכשיר בדרך של שינוי צו התפיסה או ביטולו. "אכן, לא פשוט הוא שאדם ישקיע כספו ויבנה ואחר כך ייהרס המבנה; אך קשה עוד יותר, כי רשויות יתנו ידן להפקרות. גישה זו נוקט בית משפט זה הן בישראל והן בשטחים שבאחריותה המשפטית" (דברי חברי, השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין חטיב).

26. בגדר למעלה מן הדרוש אעיר, כי מקובלת עלי עמדת גורמי הביטחון לפיה קיים צורך צבאי בהותרת תוואי הגדר כפי שהוא וכפועל יוצא מכך – בהריסת המבנה שהעותרים החלו בבנייתו בשטח התפוס ללא היתר כדין, וזאת בשל התורפה הביטחונית הנשקפת ממנו למחנה הצבאי הנמצא במרחק של כ-50 מטרים בלבד ממנו.

קרבתו הרבה של המבנה למחנה הצבאי עלולה, ללא ספק, להוות תורפה ביטחונית שיקשה על גורמי הביטחון להתמודד איתה באם יעמוד המבנה (הבלתי חוקי) על תילו, יושלם ויעשה בו שימוש ליעודו המתוכנן. הימצאותו של המבנה בסמיכות כה רבה לבסיס הצבאי עלולה לשמש גורמים עוינים לביצוע ירי ותצפיות לעבר כוחות הביטחון ולהביא לסיכון חיי החיילים. חשש זה מתחדד לנוכח העובדה שהמבנה מיועד לשמש לאחר הקמתו כמקום לאירועים, שרבים צפויים לפקוד אותו. קרבתו של המבנה למיקום המתוכנן להקמת הגדר והפעילות האזרחית שעתידה להתקיים בו – עלולה לאפשר, בקלות רבה, גישה לגדר הבטחון למטרת פעילות חבלנית עוינת במסווה של תנועה במרחב האזרחי. נוכח קרבה זו, מקובלת עלי עמדת גורמי הביטחון, לפיה הקמת הגדר בתוואי הקיים נחוצה מבחינה ביטחונית, כך שיתקיים מרחב מינימאלי של התראה ורדיפה אחר מפגעים, היה ויצליחו לעבור את הגדר (ראו והשוו: בג"ץ 3937/07 בית סאחור נ' ראש הממשלה (04.01.2010), בפסקה 11 – שם נאמרו הדברים על רקע הימצאות בתיה הקיצוניים של שכונת הר-חומה במרחק של כ-557-331 מטרים מהגדר, מושא העתירה).

בהקשר זה אעיר עוד כי אין ממש בטענת העותרים לפיה "צרכי הביטחון" שלשם הוצא הצו אינם כוללים הגנה על המחנה הצבאי המצוי סמוך למבנה. ניתן להפנות בהקשר זה, למשל, לדברים שנפסקו על-ידי בית-משפט זה כבר ב-בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל (פ"ד נח(5) 807), כדלקמן:

"המפקד הצבאי מוסמך – על-פי המשפט הבינלאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש לצורכי הצבא (ראו תקנות

23(g) ו-52 לתקנות האג; סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית)... אכן, על בסיס ההוראות של תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית הכיר בית-משפט זה בחוקיות של תפיסת קרקעות ובתים לצרכים צבאיים שונים, ובכלל זה הקמת מתקנים צבאיים (בג"ץ 834/78 סלאמה נ' שר הבטחון)... בניית גדרות סביב מאחזים (פרשת תימרוז); שיכון זמני של חיילים (בג"ץ 290/89 ג'וחה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון)... תפיסת מבנים לשם הצבת כוח צבאי (בג"ץ 8286/00 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון)... הקמתה של גדר ההפרדה נופלת במסגרת זו, ובלבד שהדבר נדרש על-פי צרכים צבאיים. עד כמה שהקמת הגדר היא צורך צבאי – אין בעצם פגיעתה בקניין הפרטי כדי לשלול את הסמכות להקימה..."

גם ב-בג"ץ 11205/05 שבו אושר תווי שטח צו התפיסה הנתקף בעתירה זו, נפסק, כי "השיקול הראשון" (ההדגשה במקור – ח"מ) בין השיקולים שעל המפקד לשקול בבואו לתכנן את תוואי הגדר הוא:

"השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המבקש הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא".

וכפי שקבע הנשיא ברק ב-בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' מדינת ישראל (15.9.2005), בעניין תוואי הגדר באזור אלפי מנשה:

"שאלת המפתח היא אם תפיסת החזקה במקרקעין 'דרושה בהחלט לפעילות מבצעית' (שם, פסקה 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק).

(ראו לעניין זה גם בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלרם נ' ממשלת ישראל (13.12.2006) והאסמכתאות שם).

27. באשר לטענת העותרים לפיה קיימת חלופה שפגיעתה בזכויותיהם הקנייניות פחותה, בדמות הקמת חומה ועליה מגדל באזור המבנה, כפי שנעשה גם במקומות אורבניים אחרים – גם אם ייתכן שראוי היה לבחון אפשרות זו, אילו נקטו העותרים בהליך מתאים לפני שהקימו, ללא היתר, את המבנה וקבעו עובדות בשטח, בנסיבות העניין אין לדעתי מקום שנאכוף על גורמי הביטחון – בניגוד לעמדתם המקצועית – לנקוט בחלופה זו.

מבלי להטיל ספק במומחיותו הצבאית של אל"מ (במיל.) אריאלי – בבסיס חוות-דעתו מונחת התפיסה לפיה התכלית הביטחונית של הצו במקטע הרלוונטית איננה קיימת עוד, וזאת בניגוד להצהרות שנשמעו מפי גורמי הביטחון בפנינו. עמדת גורמי הביטחון נבחנה שוב לאחר הסיור שערכו נציגי הצדדים בשטח בעקבות המלצתנו בדיון (שבו השתתף גם אל"מ (במיל.) אריאלי) – ואושרה על-ידי אלוף פיקוד המרכז. כידוע:

"בבואנו להכריע בשאלת התוואי הראוי אנו נותנים משקל מיוחד למומחיותם הצבאית של גורמי הביטחון המופקדים על מלאכת קביעת תוואי הגדר. כבר קבענו בעבר, כי כאשר קיימת מחלוקת ביטחונית בין גורמי הביטחון לבין מומחים אחרים, יש להעניק משקל לעמדתם המקצועית של גורמי הביטחון, בשל היותם אחראים לנושא זה, ובלבד ששיקוליהם ענייניים ומביאים בחשבון את העקרונות הרלוונטיים של פגיעה מידתית באוכלוסיה (ראו למשל: פרשת בית סוריק, בפסקה 46; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92 (1979); בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25 (1979))" (בג"ץ 6193/05 וועד תושבי ראס חמיס נ' הרשות המוסמכת עפ"י חוק להסדר תפיסת מקרקעים (25.11.2008)).

וכדברי הנשיא ברק ב-בג"ץ 11205/05 – שנאמרו ביחס לתוואי הנוכחי של הגדר ויפים לענייננו:

"עמדתו של המפקד הצבאי היא כי התוואי החלופי מעניק פחות בטחון מהתוואי שתוכנן על ידו. מקובלת עלינו גישתו כי תוואי הגדר נועד להתמודד גם עם איום של ירי ישיר על ישובים ישראלים ועל כבישים בהם נוסעים ישראלים. אין בידנו – כמי שאינם מומחים לענייני ביטחון – לקבוע אם במקרה דנן השיקול הצבאי מצדיק את העברת גדר הביטחון סביב הגבעות השולטות על הכבישים, כעמדת המפקד הצבאי, או שמא אין צורך שאלה תיכללנה בתוואי וניתן להצמיד את הגדר לכבישים. בעניין זה אנו נותנים משקל מיוחד למומחיותו הצבאית של המפקד הצבאי (ראו, בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה (טרם פורסם))."

28. אמנם – כנגד התועלת הביטחונית שהוצאת הצו נועדה לשרת מונחת כיום על כפות המאזניים, לכאורה, טענה בדבר פגיעה ממשית ודאית בזכויותיהם הקנייניות של העותרים (וזאת בשונה מהתשתית העובדתית שהונחה בפני בית-משפט זה עובר להכרעתו ב-בג"ץ 11205/05), ואולם – הקרקע שעליה נבנה שלד-המבנה מושא העתירה, אינה נחלת-אבותיהם של העותרים. העותרים רכשו את זכויותיהם בקרקע

שנים לאחר הוצאתו של צו התפיסה (המקורי), וזכויותיהם בקרקע כפופות לצו התפיסה (שגבולותיו היו ידועים למועצה המקומית). גם אם העותרים טעו בתום לב, או אפילו הוטעו על-ידי מאן דהוא, ולא ידעו כי המקרקעין שרכשו נמצאים בתחום צו התפיסה – אין לומר כי הם מחזיקים בידיהם זכויות, אשר גוברות, בנסיבות המקרה, על האינטרס הציבורי החיוני שלשמו נתפסו המקרקעין בצו. טענותיהם של העותרים שבפנינו (שלושה במספר) בדבר פגיעה כלכלית שתיגרם להם באם ייאלצו להרוס את שלד המבנה שבנו (ללא היתר כדין) – אינן מסוג הטענות שבכוחן להתגבר על צרכי הביטחון הכלליים, ודומה כי בנסיבות העניין מקומן להתברר בפני ערכאות אחרות.

29. חיי חיילים ושלומם או השגת מטרה צבאית-מבצעית – עדיפים על שלמות הרכוש של העותרים, שכן פגיעה מהותית באלו הראשונים היא קטלנית, בו בזמן שעבור רכוש ניתן לפצות ומבנה ניתן להקים מחדש (ראו: בג"צ 24/91 תימרו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2) 325 (1991)). כשם ש"אין מקום בתכנון התוואי לשיקולים הקשורים בתוכניות בנייה בלתי תקפות" (דברי הנשיאה (כתוארה אז) ד' בייניש ב-בג"ץ 8414/08 יאסין נ' ממשלת ישראל (4.09.2007)) – כך וביתר שאת, אין מקום לשנות תוואי שאושר זה מכבר לצורך הקמת גדר ביטחון, בעקבות בניה בלתי חוקית שנעשתה בשטח התפוס. מקובלת עלי בהקשר זה טענת המשיבים לפיה מתן "הכשר" לבניית המבנה בתחום שטח צו התפיסה, מבלי שניתן היתר לבנייתו מאת הממונה, פוגעת גם פגיעה קשה בשלטון החוק. למתן "הכשר" כזה אכן עלולות להיות "השלכות רוחב". הדבר עלול לעודד עבריינות בנייה באזור, שתסכל את הקמת הגדר המתוכננת, ועלול להשתמע ממנה מסר של "יצא החוטא נשכר" (ראו: בג"צ 8171/09 יוסף נ' מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי (20.11.2011), בפסקה 32).

30. לאור כל האמור לעיל – אם תישמע דעתי, אציע לחברי כי נדחה את העתירה ונבטל את צו הביניים שהוצא בגדרה, בכפוף לאמור בפסקה 31 שלהלן.

31. המשמעות של דחיית העתירה איננה כי דין המבנה כולו להיהרס, כפי שדורשים המשיבים. עמדה זו של המשיבים מבוססת על תפיסת הבטחון של הגדר לפיה נדרשת רצועה המיועדת להחלת צו איסור בניה הצמוד לצו התפיסה של הגדר, לטווחים של בין 200 עד 400 מטרים לכל צד (סעיף 31 לתגובת המשיבים). דא עקא, בדיון שנערך בפנינו הצהיר נציג המשיבים, אל"מ הינדי, כי משעה שמימושם של צווי התפיסה באזור מעלה אדומים לא עמד על הפרק – לא הוצאו צווי הגבלות בניה, בצמוד לצו התפיסה של הגדר (והדבר ניכר בעזרים שהציגו המשיבים בפנינו – שגם

בהם אין זכר לקיומם של צווי הגבלת בניה כאמור). במצב דברים זה, דומני כי אין להיעתר לדרישת המשיבים להרוס את חלקו הצפון-מערבי של המבנה, המצוי (בתוך שטח B) מחוץ לגבולו המערבי של צו התפיסה. פשיטא, כי עבודות בניה שנעשו בשטח שאינו "שטח תפוס" – אינן טעונות קבלת היתר מאת הממונה, ולפיכך, ממילא לא היה גם בסמכותה של ועדת המשנה לפיקוח להוציא תחת ידיה צו הריסה ביחס למבנה (או חלק ממנו), שאיננו מצוי בשטח צו התפיסה.

הצו הסופי להפסקת עבודות ולהריסה שהוצא ביחס למבנה, תקף, איפוא, לשיטתי, אך ורק ביחס לחלק המבנה המצוי בתחומי שטח צו התפיסה – על-פי מפת המדידה באישור מודד, שהעתקה צורף להודעה המעדכנת מטעם המשיבים מתאריך 14.12.2012 וסומנה מש/4 (יצוין, כי בתאריך 8.1.2013 העותרים הגיבו להודעה המעדכנת הנ"ל בהודעה מטעמם, בגדרה העלו כנגד המשיבים טענות שונות בעניין אופן הצגת הדברים ביחס למיקומו של המבנה, אך לגופו של עניין לא חלקו על מפת המדידה ולא הציגו כל מפת מדידה אחרת מטעמם).

32. בנסיבות העניין – אני גם מציע שלא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה א' רובינשטיין:

אני מסכים.

המשנה-לנשיאה

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, י"ח באלול התשע"ה (2.9.2015).

שופטת

שופט

המשנה לנשיאה