

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**בג"ץ 6193/05****בפני :** כבוד הנשיאה ד' ביניש

כבוד השופט א' א' לוי

כבוד השופט א' גרוניס

העותרים :

1. וועד תושבי ראס חמיס

2. וועד תושבי שכונת דחיית א-סלאם ענתא

3. האני עלמי

4. יאסר סנדוקה

5. זיין גולאני

6. 244 עותרים נוספים

נ ג ד

המשיבים :1. הרשות המוסמכת עפ"י חוק להסדר תפיסת
מקרקעים2. וועדת הערעורים עפ"י חוק להסדר תפיסת
מקרקעים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

ט"ו בשבט התשס"ח (22.01.2008)

בשם העותרים :

עו"ד דניאל זיידמן

בשם המשיבים :

עו"ד אורית קורן ; עו"ד איתי רביד

פסק-דין**הנשיאה ד' ביניש:**

העתירה שלפנינו מופנית כנגד תוואי גדר הביטחון באזור מחנה הפליטים שועפט ; העותרים תושבי ראס חמיס, דאחיית אלסלאם ומחנה הפליטים שועפט שבצפון מזרח ירושלים, טוענים כי הינם עותרים ציבוריים, שאינם מייצגים אינטרס קנייני כלשהו, אך הם מבקשים להסיט את תוואי הגדר באזור, באופן שתושבי מחנה הפליטים שועפט ושכונות ראס חמיס ודאחיית אלסלאם, יימצאו מצידה ה"ישראלי" של הגדר.

רקע

1. הגדר במקטע נשוא העתירה הינה חלק מגדר הביטחון שמקימה ישראל במטרה למנוע חדירת מחבלים לשטחה מאזור יהודה ושומרון. במסגרת התכנית להקמת גדר הביטחון, הוחלט על הקמת הגדר באזור ירושלים, כדי שתמנע חדירת מחבלים אליה (להלן: עו"פ ירושלים). ביום 1.10.2003 קיבלה הממשלה החלטה לגבי שלבים ג' וד' של הגדר, הכוללים גם את תוואי הגדר באזור עוטף ירושלים, לרבות התוואי באזור מחנה הפליטים שועפט, וכנגד התוואי שנקבע מופנית העתירה.

2. מחנה הפליטים שועפט והשכונות ראס חמיס ודאחיית אלסלאם (להלן: שכונות רכס שועפט), שוכנים על רכס הנמצא בין שכונת פסגת זאב מצפון לבין הכפר עיסאויה מדרום, בתוך גבולה המוניציפאלי של העיר ירושלים, כלומר, בשטח מדינת ישראל. בשכונות רכס שועפט מתגוררים למעלה מ-20,000 פלסטינים שהם תושבי קבע של מדינת ישראל, ויש ביניהם אף כאלה המחזיקים באזרחות ישראלית. לצידם, מתגוררים בשכונות אלה אלפי פלסטינים תושבי האזור ללא מעמד בישראל, שחלקם שוהים בתחומי ישראל באופן בלתי-חוקי. בידי המשיבות אין מידע קונקרטי לגבי מספרם של אלה, אך ההערכות לגבי מספרם נעות בין 2,000 ל-10,000 תושבים. ממזרח לשכונות רכס שועפט, ובצמוד להן, שוכן הכפר ענתא, הנמצא בשטח יהודה ושומרון.

3. תוואי הגדר מקיף את שכונות רכס שועפט משלושה עברים: הצפוני, המערבי והדרומי, באופן המנתק אותן משאר חלקיה של ירושלים, ומותיר אותן מחוברות ממזרח לכפר ענתא שבאיו"ש. מצפון לרכס שועפט, עובר תוואי הגדר במקביל לערוץ נחל ערוגות, המפריד בין שכונות רכס שועפט לבין שכונת פסגת זאב (להלן: המקטע הצפוני); ממערב לרכס, עובר תוואי הגדר לאורך דרך משה דיין (להלן: המקטע המערבי). במקטע זה מתוכנן גם מסוף מעבר, שיאפשר מעבר לשאר חלקי העיר ירושלים; מדרום לרכס שועפט, עובר תוואי הגדר בין בתי שכונות רכס שועפט לבין דרך מעלה אדומים (להלן: המקטע הדרומי).

תוואי הגדר המקיף את שכונות רכס שועפט, כמו גם שכונות רכס שועפט עצמן, נמצא כולו בשטחה המוניציפאלי של העיר ירושלים ובתוך מדינת ישראל. לפיכך, הוצאו הצווים לתפיסת המקרקעין הדרושים לשם הקמת הגדר בקטע זה מכוח הסמכויות הקבועות בחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התש"י-1949 (להלן: החוק להסדר תפיסת מקרקעים). הצו הראשון – צו תפיסת מקרקעין מס' צת-03-27, המתייחס למקטעים הצפוני והדרומי של הגדר – הוצא על ידי מנכ"ל משרד הביטחון ביום 11.1.2004; הצו השני – צו תפיסת מקרקעין מס' צת-04-32, המתייחס למקטע המערבי של הגדר – הוצא ביום 25.4.2004.

4. נגד צווים אלה ערערו העותרים לוועדת הערעור לפי חוק להסדר תפיסת מקרקעים לשעת חירום, התש"י-1949 שליד בית משפט השלום בתל-אביב-יפו (להלן: ועדת הערעור), בהתאם להוראות סעיפים 16 ו-17 לחוק להסדר תפיסת מקרקעים. ועדת הערעור בחנה את טענותיהם של העותרים

והחליטה לדחות את ערעורם ולאשר את תוואי גדר הביטחון כפי שנקבע על ידי מנכ"ל משרד הביטחון. עם זאת, נקבע בהחלטת הועדה, כי עמידתו של התוואי הקיים במבחני המידתיות מותנית בהרחבת מסוף המעבר המתוכנן בחלק זה של הגדר, באופן שיאפשר מעבר של 5,000 איש בשעה במשך שעות העומס (6:00-8:00) – כך שפרק הזמן אשר יהיה על תושבי שכונות רכס שועפט להמתין על מנת לעבור לצדה המערבי של הגדר, שם מצויים השירותים העירוניים הדרושים להם, יהיה סביר, ולשיטת הועדה לא יעלה על 20-30 דקות.

יוער, כי בפרק הזמן שחלף עד להכרעת ועדת הערעור, עוכבו העבודות להקמת תוואי הגדר נשוא העתירה, למעט עבודות להנחת גדר תלתלית במקטע הצפוני, אשר הונחה מכוח צווים שהוציאה ועדת הערעור. בעקבות החלטת ועדת הערעור לדחות את הערעור, החלו, ביום 26.6.2005, עבודות בתוואי הגדר נשוא העתירה, למעט במקטע המערבי, אשר הקמתו עוכבה, כאמור, עד לכניית מסוף המעבר במקום. כמו כן, עוכבה תחילת העבודות במספר קטעים נוספים, נשוא ערעורים פרטניים המתנהלים בוועדת הערעור, לאחר שהוצאו צווי תפיסה נוספים שהסיטו את תוואי הגדר.

העתירה

5. העתירה שלפנינו הוגשה ביום 27.6.2005 מטעם וועד תושבי ראס חמיס, וועד תושבי דאחיית אלסלאם ו-242 עותרים נוספים, תושבי שכונות רכס שועפט. העתירה הוגשה נגד הרשות המוסמכת מכוח החוק להסדר תפיסת מקרקעים, ונגד ועדת הערעור שדנה בערעורם של העותרים. בעתירתם, מבקשים העותרים – תושבי ירושלים שמעמדם הוא של תושבי קבע בישראל – כי ישונה תוואי הגדר נשוא העתירה, ויועבר בסמוך לגבול המוניציפאלי, באופן שבתיהם יוותרו מצדה ה"ישראלי" של הגדר.

עם הגשת העתירה הוגשה גם בקשה למתן צו ביניים, בה ביקשו העותרים לעכב את העבודות להקמת הגדר באזור נשוא העתירה עד להכרעה בעתירה. ביום 10.7.2005, דחה בית המשפט את הבקשה למתן צו ביניים, בציינו כי תוואי הגדר אינו פוגע באדמותיהם של מי מן העותרים, ובהתחשבו בהצרת המשיבות לפיה המקטע המערבי של הגדר באזור נשוא העתירה, לא ייבנה בטרם יוכשר במקום מסוף מעבר בעל קיבולת מספקת, כנדרש בהתאם להחלטת ועדת הערעור. לצורך הקמת מסוף המעבר, הוצאו ביום 16.8.2006 צווי תפיסה מתאימים.

בעקבות כל אלה, השלימה המדינה את בנייתו של המקטע הצפוני של תוואי הגדר באזור שועפט. המקטעים המערבי והדרומי טרם הוקמו. לאורך התוואי המתוכנן של המקטע המערבי, במקביל לדרך משה דיין, הוקם מכשול ארעי בניסיון למנוע את האפשרות להסתננות מפגעים, עד להקמת המכשול הקבוע.

6. להשלמת התמונה, יצוין, כי לאחר בחינה נוספת של התוואי באזור זה, החליטו המשיבות להסיטו מעט מערבה בהשוואה לתוואי המקורי, ולקרבו לדרך משה דיין. שינוי זה נעשה במטרה להרחיק מעט את תוואי הגדר מבתי שכונות רכס שועפט, משיקולים ביטחוניים, וכן משיקולי מרקם החיים של העותרים. כדי ליישם החלטה זו, הוציאו המשיבות צווי תפיסה מתאימים, אשר נגדם מתקיימים כיום הליכים פרטניים שונים בפני ועדת הערעור. עם זאת, יודגש כי השינוי האמור בתוואי הגדר אין בו כדי להשפיע על טענת הצדדים בעתירה, אשר מתמקדת בהיבט העקרוני של הותרת שכונותיהם של העותרים בצדה ה"איושי" של הגדר.

7. להשלמת הרקע נציין כי, בטרם ניתן פסק דינו בעתירה, ניתן פסק הדין בפרשת אלראם (בג"ץ 5488/04, בבג"ץ 6080/04 ובבג"ץ 3648/05 מועצה מקומית אלראם ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם, 13.12.2006)), בה נדונה שאלת חוקיות תוואי גדר הביטחון באזור עוטף ירושלים, וכן התעוררה סוגיית ניתוקם של תושבים ישראלים ממרכזי השירותים הניתנים להם בירושלים. בעקבות מתן פסק הדין בפרשת אלראם, הגישו הצדדים הודעות מעדכנות, בהן התייחסו להשלכות פסק הדין בפרשת אלראם על ענייננו. לאחר קבלת הודעות אלה, ניתנה החלטתי בה התבקשו המשיבות לעדכן את בית המשפט בדבר התקדמות תכנון מסוף המעבר העתיד לקום במקטע הגדר נשוא העתירה. זאת, נוכח החשיבות של אופן תכנון המסוף האמור, לצורך קביעת מידתיות וחוקתיות התוואי המוצע על ידי המשיבות. הודעה מעדכנת כאמור הוגשה על ידי המשיבות ביום 20.8.2007. ביום 22.1.2008, קיימנו דיון נוסף בעתירה, בו נשמעו טענות הצדדים, וכן הופיע לפנינו אלוף-משנה עופר הינדי, ראש המנהלת של פרויקט הגדר, שסקר את תוואי הגדר באזור נשוא העתירה, והציג בפני בית המשפט את השיקולים שעמדו ביסוד תכנונו של תוואי הגדר במקטע הרלוונטי.

טענות העותרים

8. טענותיהם העיקריות של העותרים התמקדו בנתק שיוצר תוואי הגדר בין שכונותיהם ובתיהם לבין שאר חלקי העיר ירושלים. בהיבט זה, נחלקות טענות העותרים לשניים. ראשית, טוענים העותרים, כי השיקולים שעמדו ביסוד קביעת תוואי הגדר אינם שיקולים ביטחוניים לגיטימיים, אלא שיקולים זרים שנועדו להוציא, מבחינה מעשית, את שטחי רכס שועפט, על תושביהם הפלסטינים, אל מחוץ לגבולה של ירושלים. שנית, טוענים העותרים לפגמים בהפעלת שיקול הדעת השלטוני על ידי המשיבות, נוכח עוצמת הפגיעה הנגרמת להם, ונוכח קיומו של תוואי חלופי, מידתי יותר, אשר מגשים את המטרות הביטחוניות הלגיטימיות שבבסיס הקמת הגדר, מבלי לנתק את שכונות רכס שועפט מירושלים. להלן, יפורטו טיעוני העותרים בשני מישורים אלה.

9. העותרים טוענים כי הקמת גדר הביטחון, באופן המנתק את בתיהם מיתר חלקיה של העיר ירושלים, נעשתה משיקולים זרים. לטענתם, השיקולים אשר הביאו לקביעת תוואי הגדר באופן המוציא את שכונותיהם משטח ישראל ומנתק אותם מהמרחב העירוני של ירושלים, הינם שיקולים

פסולים, אשר עיקרם ברצון לשנות את המאזן הדמוגרפי בירושלים. לפי הנטען, תוואי הגדר כשטח נשוא העתירה אינו מתחייב משיקולים ביטחוניים לגיטימיים, אלא נועד ליצור חיץ בין יהודים לערבים ולהגדיל את הרוב היהודי בירושלים באופן שרירותי, על ידי שינוי גבולה המוניציפלי של העיר הלכה למעשה. עוד טוענים העותרים, כי היות והם תושבי קבע במדינת ישראל, המקבלים שירותים עירוניים וממשלתיים בסיסיים וחיוניים בירושלים ומתגוררים בשטחה, אין המשיבות רשאיות לנתקם באופן מלאכותי משטחי העיר ירושלים – ומהשירותים הניתנים להם בשטחה ובאחריותה של עיריית ירושלים.

10. העותרים טוענים עוד, כי אף אם יש צורך ביטחוני בהקמת הגדר, הרי תוואי הגדר כפי שנקבע אינו עומד במבחני המידתיות. זאת, נוכח הפגיעה הקשה אשר פוגע תוואי זה בזכויותיהם, עקב ניתוק שכונות מגוריהם ממרכזי התעסוקה והשירותים בירושלים. כך למשל, לטענת העותרים חוצץ תוואי הגדר בין ילדיהם לבין בתי הספר בהם הם לומדים. קושי נוסף אותו מציינים העותרים טמון בצורך הבסיסי להעביר סחורות שונות מאזור שועפט ליתר חלקי ירושלים. לטענתם, העברת סחורות אינה מתאפשרת דרך השערים הסמוכים למחנה הפליטים, אלא רק באמצעות מסופי מעבר מרוחקים, העלולים לפגוע בחופש העיסוק של סוחרי האזור. העותרים טוענים עוד כי הגבלת נגישותם לשירותים בסיסיים של בריאות, רווחה, ואספקת מים וחשמל, תפגע במרקם חייהם, על כל היבטיו. לבסוף, טוענים העותרים כי קיים תוואי חלופי לזה שנקבע על ידי המשיבות, אשר עונה על הצרכים הביטחוניים תוך פגיעה קטנה יותר בהם ובזכויותיהם.

בטרם נדון בטענות העותרים נציין שמוסכם על הכל, כי באזור נשוא העתירה אין אפשרות מעשית להקים את תוואי הגדר על קו הגבול המוניציפאלי ממש, היות ושטח זה הינו שטח הבנוי בצפיפות. אלא, שלטענת העותרים, מזרחית מעט לקו הגבול המוניציפאלי, קיים שטח פתוח במידה מספקת כדי לאפשר את בניית הגדר בסמוך לקו הגבול המוניציפאלי, ותוך הותרת שכונותיהם ממערב לגדר הביטחון. תוואי זה, אותו מציעים העותרים, יפריד בין שכונות רכס שועפט, המצויות בשטח ישראל, לבין הכפר ענתא, המצוי בשטח יהודה ושומרון.

טענות המשיבות

11. המשיבות דוחות בתוקף רב את טענות העותרים בדבר שיקולים זרים בקביעת תוואי הגדר. בתשובתן המפורטת, מתארות המשיבות את הצורך הביטחוני בהקמת הגדר בתוואי שנקבע על ידן. לטענת המשיבות, התוואי האמור נקבע לאחר איזון בין כל השיקולים הרלוונטיים, ובשים לב לצרכים הביטחוניים באזור. טענתן המרכזית של המשיבות היא, כי הסיבה להחלטה להותיר את השכונות האמורות ממזרח לגדר נעוצה בכך שבאזור מחנה הפליטים שועפט קיימות תשתיות טרור, המקושרות אל ארגוני הטרור בשטחי יהודה ושומרון, ופועלות מטעמם לגיוס מפגעים וסייענים מקרב תושבי מחנה הפליטים. לטענת המשיבות, מיקומו הגיאוגרפי של מחנה הפליטים שועפט בין אזור יהודה

ושומרון לבין ירושלים, כמו גם העובדה שבמקום נמצאים אלפי שוהים בלתי-חוקיים, הפכו את מחנה הפליטים שועפט לנקודה נוחה במיוחד עבור ארגוני הטרור לשם מעבר וחדירה אל תוך שטחי ישראל. המשיבות מציינות כי על-פי הנתונים שבידיהן, היווה מחנה הפליטים שועפט בשנים האחרונות, מקור יציאה או מעבר ל-14 פיגועים וניסיונות פיגועים בשטח מדינת ישראל. לפיכך, טוענות המשיבות, כי השיקול הביטחוני מחייב את הותרת מחנה הפליטים שועפט, המהווה סיכון ביטחוני משמעותי, ממזרח לגדר. לטענתן, אם תיבנה הגדר ממזרח לשכונות רכס שועפט, כך שאלה יותרו בצידה ה"ישראלי" של הגדר, הרי שיהיה צורך להקים מחסום נוסף, בין שכונות רכס שועפט לבין שאר שכונותיה של ירושלים; וזאת, על מנת להתמודד עם האיום הביטחוני הממשי הנובע מתשתיות הטרור הקיימות במחנה הפליטים שועפט. פתרון כזה, טוענות המשיבות, יותיר את שכונות רכס שועפט מוקפות גדר מכל עבריהן, ולכן אינו ראוי ואף אינו מעשי. על רקע זה, טוענות המשיבות, כי התוואי נשוא העתירה, החוצץ בין מחנה הפליטים שועפט לשאר חלקי ירושלים, תוך שהוא שומר על המעבר החופשי בין שכונות רכס שועפט לבין הכפר ענתא, ומאפשר כניסה מבוקרת לירושלים, הינו התוואי האפשרי היחיד אשר נותן מענה לצרכים הביטחוניים באזור, תוך מאמץ לצמצום הפגיעה במרקם החיים של התושבים.

12. ביחס לטענה כי קיים תוואי חלופי, מידתי יותר, להקמת גדר הביטחון באזור נשוא העתירה, טוענות המשיבות, כי התוואי המוצע על ידי העותרים אינו ישים מבחינה מעשית, ואף אינו מגשים את התכלית הביטחונית. כאמור, העותרים מבקשים להקים את הגדר ממזרח לשכונותיהם, המצויות בתחום ירושלים, ובין שכונות אלה לבין הכפר ענתא, המצוי באיו"ש. אלא, שלטענת המשיבות מדובר ברצף אורבני אחד, שאינו ניתן לחלוקה. לטענתן, אין אפשרות מעשית להקים את גדר הביטחון בשטח זה, הבנוי בצפיפות משני עבריו, וכמו כן, הקמת הגדר בשטח כזה עלולה לסכן את כוחות הסיוע שיוצבו לאורך התוואי האמור ולהקשות על אפשרויות הגישה שלהם לאזור הגדר. באופן דומה, במידה ותידרש הגעתם של כוחות חילוץ והצלה לאזור הגדר, יהיו גם כוחות אלה בסיכון גבוה יותר. חיסרון ביטחוני נוסף של התוואי המוצע, עליו מצביעות המשיבות, הינו היעדר מרחב רדיפה וביטחון – כך שבמקרה של חדירת מחבל, יוכל המחבל להיטמע במהירות באוכלוסייה המקומית, בעזרת תשתיות הטרור הקיימות במחנה הפליטים שועפט, באופן שיהפוך את לכידתו לבלתי-אפשרית, דבר שיגביל בצורה משמעותית את האפקטיביות של הגדר. מנגד, מוסבר בתשובת המשיבות, כי התוואי שנקבע על ידן נמצא, אמנם, בקרבת בתי שכונות רכס שועפט, אך הוא אינו צמוד אליהם, ואינו עובר בשטח הבנוי משני צידיו, אלא בשטח פתוח הניתן להגנה, ואשר אינו סובל מכל הקשיים האמורים.

13. באשר למבחן המידתיות במובנו הצר, טוענות המשיבות, כי, נוכח האמצעים שנוקטו להפחתת הפגיעה בעותרים, עולה התועלת הביטחונית הצפויה מהקמת הגדר בתוואי שנקבע, על הפגיעה העלולה להיגרם כתוצאה מכך בזכויותיהם של העותרים. בהקשר זה, מציינות המשיבות כי האמצעי המרכזי שנועד למנוע את ניתוקם של תושבי שכונות רכס שועפט מירושלים הינו מסוף המעבר העתיד

להיבנות במקטע המערבי של התוואי. לפי התכנון, יפעל מסוף זה 24 שעות ביממה, ויאפשר את מעברם של אלפי אנשים מדי יום. עוד מפרטות המשיבות, ביחס למסוף המעבר המתוכנן, כי ימנה שמונה שררולי כניסה רגלית, מתוכם שניים אשר ייוחדו לתלמידים ולאוכלוסיות מיוחדות אחרות, וכן ארבעה נתיבי תחבורה. בדיקתם של רכבים חשודים תעשה בנתיבים מיוחדים המיועדים לכך, על מנת שלא ליצור עיכוב בשטף התנועה בנתיבים האחרים. בנוסף, בסמוך למסוף המעבר, ייבנו חניוני תחבורה ציבורית, וכן מגרש בידוק עבור כלי רכב הנושאים סחורות מאזור שועפט לישראל. יתרה מכך, המשיבות מציינות עוד, כי יוקם מתחם שירותים ממשלתי בקרבת המסוף, על מנת לספק לתושבי רכס שועפט נגישות קלה לשירותי משרד הפנים, הביטוח הלאומי ושירות התעסוקה.

נוכח כל אלה, טוענות המשיבות, כי הפגיעה בעותרים הינה מידתית – וזאת בהתחשב בחיוניותו הביטחונית של תוואי הגדר באזור עוטף ירושלים, כחלק ממערך ההגנה הכולל של גדר הביטחון, ובהתחשב ברגישותו הביטחונית של אזור זה.

דין

המסגרת הנורמטיבית

14. כאמור לעיל, עובר תוואי הגדר נשוא העתירה שלפנינו בתוך השטח המוניציפאלי של ירושלים. בשטח זה, הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל (ראו: סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967; התוספת לאכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים מיום כ' בסיוון התשכ"ז (28.6.1967); סעיף 8א לפקודת העיריות [נוסח חדש]; סעיף 5 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל). על כן, תפיסת המקרקעין לצורך הקמת הגדר בשטח זה נעשית מכוח הסמכויות המוקנות לרשויות על-פי החוק הישראלי, וחלים עליה עקרונות היסוד של המשפט הישראלי המנהלי והחוקתי.

15. הסמכות מכוחה נתפסו הקרקעות לצורך בניית גדר הביטחון בשטחי מדינת ישראל מעוגנת בחוק להסדר תפיסת מקרקעים, הקובע כי הסמכות ליתן צו לתפיסת מקרקעין קמה רק לשם המטרות המנויות בסעיף 3(ב) לחוק זה – אשר ביניהן כלולות גם המטרות של "הגנת המדינה" וכן "ביטחון הציבור". וזו לשון הוראת החוק:

"תקנות שעת חירום (סמכויות מיוחדות). 3. (ב) רשות מוסמכת לא תתן צו תפיסת מקרקעים או צו דיור על פי חוק זה אלא אם היא משוכנעת שמתן הצו דרוש לשם הגנת המדינה, בטחון הציבור, קיום אספקה חיונית או שירותים חיוניים, למתן דיור לאדם שנושל מביתו עקב מתן צו תפיסת מקרקעים או צו דיור, קליטת עולים

או שיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה".

16. מעבר לשאלת הסמכות לתפיסת המקרקעין עומדת לביקורתנו השיפוטית שאלת שיקול הדעת שהופעל לשם קביעת תוואי הגדר. במקרים בהם עובר תוואי הגדר בשטח ישראל, יש לבחון את הפעלתו של שיקול הדעת הזה נוכח העקרונות והכללים שקובע המשפט הישראלי. כפי שקבענו בהקשר זה בפרשת אלראם:

"אשר לשיקול הדעת השלטוני בקביעת תוואי הגדר בישראל, זה צריך להיות מופעל על פי עקרונות היסוד של המשפט הישראלי. במסגרת הביקורת השיפוטית על הפעלת שיקול הדעת תיבחן השאלה האם תוואי הגדר עולה בקנה אחד עם עקרונות הסבירות והמידתיות. יש להתחשב בצרכיהם ובזכויותיהם של כל מי שעלול להיפגע מבניית הגדר וממיקומה" (פרשת אלראם, בפסקה 45; וראו עוד: בג"ץ 1073/04 עומר סלאמה נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 6.8.2006), בפסקה 12).

במקרים בהם בניית הגדר מביאה לפגיעה בזכויות הפרט, עליה לעמוד באמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות אדם, ולהיקבע מכוח הסמכה בחוק, לתכלית ראויה, ובהתאם לעקרונות הסבירות והמידתיות. בקביעת תוואי הגדר בתוך ישראל יש לאזן בין השיקול הביטחוני, הנוגע לצורך להגן על ביטחון המדינה ותושביה, לבין השיקול של הגנה על זכויות אדם הנפגעות כתוצאה מהקמת גדר הביטחון בתוואי שנבחר. את האיזון בין השיקולים המנוגדים יש לבצע על-פי אמות המידה של סבירות ומידתיות (פרשת אלראם, בפסקה 45).

מן הכלל אל הפרט

הסמכות

17. כאמור, מקור הסמכות לתפיסת המקרקעין נשוא העתירה הינו בסעיף 3(ב) לחוק להסדר תפיסת מקרקעים. על-פי סעיף זה, הסמכות לתפיסת מקרקעין קמה למטרות מוגדרות המנויות בסעיף, אשר ביניהן גם המטרות של "הגנת המדינה" וכן "ביטחון הציבור". לטענת העותרים, קביעת תוואי הגדר באופן המנתק את שכונותיהם מירושלים נעשתה מתוך שיקולים זרים ובלתי-לגיטימיים, ולא מתוך השיקולים הנמנים בחוק, ועל כן יש בה משום חריגה מהסמכות הנתונה למקבלי ההחלטות על-פי הדין הישראלי הפנימי.

18. דין טענת היעדר הסמכות בשל שיקולים זרים להידחות. ללא בסיס בעובדות מייחסים העותרים למקבלי ההחלטה בדבר תוואי הגדר שיקולים זרים, וכאילו אין כל ממש בנימוקי הביטחון – ולא היא. ראשית נציין, כי הקמת הגדר על-פי התוואי המתוכנן אינה משנה את מעמדם של העותרים כתושבי ישראל (ראו למשל: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5)

807, 828 (2004) (להלן: פרשת בית סוריק)). עצם העובדה כי בנסיבות שנוצרו נקבע תוואי הגדר באופן המפריד בין שכונות יהודיות לשכונות ערביות, אין בה, כשלעצמה, כדי לבסס את הטענה כי קביעת התוואי לא הושתתה על שיקולים ביטחוניים אלא על שיקולים זרים. באופן כללי, ניכר כי התפיסה המנחה את גורמי הביטחון בקביעת תוואי הגדר באזור עוטף ירושלים, איננה תפיסה דמוגרפית המבקשת להפריד בין שכונותיה היהודיות של ירושלים לבין שכונותיה הערביות; בעיקרו מתאפיין תוואי הגדר בתפיסה המבקשת ליצור חיץ בין אזור יהודה ושומרון ממזרח, לבין ירושלים – על שכונותיה היהודיות והערביות כאחד – ממערב (ראו למשל: בג"ץ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאלה ו-149 אחרים נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 26.11.2006), בפסקאות 20, 36). בחינת מכלול תוואי הגדר באזור עוטף ירושלים מצביעה על כך כי התוואי שנקבע הותיר שכונות ערביות שלמות ואזורים נוספים המאוכלסים באוכלוסיה ערבית, בשטח שממערב לגדר. המפה מלמדת כי מתכנני התוואי לא פעלו על-פי תכנית שמטרתה הוצאת אוכלוסיה ערבית מירושלים, וזאת ככל שהדבר ניתן מבחינה ביטחונית ומעשית. גורמי הביטחון הינחו עצמם בעיקר על-פי הגבולות המוניציפליים של העיר. בהעדר אפשרות מעשית לכך או משיקולי ביטחון מובהקים בוצעו חריגות מכלל זה. מסקנה זו נלמדת מטיעוני המשיבים לפנינו ולא פחות מכך מבחינת העתירות הנוגעות לתוואי עוטף ירושלים. עם זאת, ברור כי אין חפיפה מלאה בין הגבולות המוניציפליים של ירושלים לתוואי הגדר, שבחלקו חופף ובחלקו הקטן יחסית הוציא או צרף שטחים. בחינת תוואי הגדר במלואו באזור עוטף ירושלים תומכת, אפוא, בטענות המשיבים כי לא נשקלו גם ברכס שועפט שיקולים דמוגרפיים פסולים בקביעת התוואי נשוא העתירה.

19. נוסף על כך, כבר נקבע בפסיקתנו, בשורה של פסקי דין, כי גדר ההפרדה הוקמה בשל מטרה ביטחונית לגיטימית, והיא נועדה להגן על תושבי ישראל מפני חדירת מחבלים ופעולות טרור. ההחלטות בנוגע להקמת הגדר נתקבלו על-פי התפיסה הביטחונית שנתגבשה, שמטרתה למנוע את מתקפות הטרור שמקורן בשטחי יהודה ושומרון, באמצעות חסימה פיזית של אפשרות החדירה מאזור יהודה ושומרון אל תוך שטחי ישראל. אשר לבחירת התוואי הפרטני בעתירה שלפנינו, שיקוליהן של המשיבות בקביעת תוואי הגדר באזור נשוא העתירה הוצגו בפנינו בפירוט, ושוכנענו כי גם במקרה זה שיקולים ביטחוניים הם שעמדו ביסוד קביעתו של התוואי האמור. זאת, נוכח הערכת המשיבות כי זהו התוואי היחיד האפשרי מבחינה פיזית ומעשית, שיש בו כדי להגשים את התכלית הביטחונית באזור זה. מהנתונים שהוצגו בפנינו עולה, כי להערכת גורמי הביטחון קיים הכרח ביצירת חיץ ובפיקוח על המעבר בין מחנה הפליטים שועפט – בו קיימות, על-פי הערכה, תשתיות טרור, ובו מצויים אלפי שוהים בלתי-חוקיים – לבין יתר חלקי ירושלים. מציאות מורכבת זו, מחייבת נקיטת אמצעים שיאפשרו בקרה ופיקוח על הכניסה לישראל מאזור זה. לשיטת המופקדים על הביטחון, הססת גדר הביטחון מזרחה, כך ששכונות רכס שועפט, ובהן גם מחנה הפליטים שועפט, יוותרו ממערב לגדר – תחייב את המדינה להקים אמצעי ביטחון נוסף אשר יחצוץ בין שכונות אלה ליתר חלקי ירושלים, ויאפשר בידוק ובקרה של הנכנסים לעיר. על-פי אפשרות זו, עלולה להיווצר סביב שכונות אלה טבעת

חנק, אשר תחמיר את הפגיעה בתושביהן. אין ספק, כי היווצרות "מרחב תפר" שכזה עלולה ליצור בפני עצמה פגיעה במרקם חייהם של העותרים, ויתר תושבי רכס שועפט, וככל שהדבר ניתן יש לשאוף לצמצום מרחב התפר שיוצרת הגדר, ולא להרחבתו. מעבר לכך, יש ממש בטענת המשיבות כי קיימת תועלת ביטחונית רבה בהקמת הגדר בשטח שאינו מיושב ובנוי בצפיפות, היות והקמת התוואי בשטח המבונה בצפיפות מבטלת חלק ניכר מהיתרונות הביטחוניים ומהאפקטיביות של הגדר. שיקולים אלה שהוצגו בפנינו הינם כולם שיקולים ביטחוניים. לפיכך, ניתן לקבוע כי ההחלטה ביחס לתוואי הגדר נתקבלה מטעמי ביטחון מובהקים ואינה נגועה בשיקולים זרים, ועל כן נעשתה בסמכות.

שיקול הדעת

20. משקבענו כי תוואי הגדר באזור נשוא העתירה נקבע על יסוד שיקולים ביטחוניים לגיטימיים, ברי גם כי שיקול דעתן של המשיבות עומד בדרישה של הסמכה מפורשת על-פי חוק – הוא החוק להסדר תפיסת מקרקעין, וכן בדרישה לתכלית ראויה – היא התכלית של שמירה על ביטחון הציבור והגנת המדינה. לפיכך, נעבור עתה לבחינת השאלה האם הסמכות הופעלה באופן מידתי.

21. באשר למבחן הראשון של המידתיות – הוא מבחן הקשר הרציונאלי – נראה כי מתקיים קשר רציונאלי בין תוואי הגדר באזור שועפט לבין תכליתה הביטחונית של הגדר. הגדר מגשימה את התכלית הביטחונית המונחת ביסוד הקמתה, שהינה יצירת חיץ אשר ימנע את כניסתם של מפגעים משטחי יהודה ושומרון, דרך מחנה הפליטים שועפט, לשטח מדינת ישראל, ויגן על תושבי ישראל מפעולות טרור. תוואי הגדר נשוא העתירה אכן מותאם לתכלית של מניעת כניסתם של מפגעים מיהודה ושומרון אל ירושלים וסביבתה.

22. באשר למבחן השני של המידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – טוענים העותרים כי קיים תוואי חלופי, פוגעני פחות, המגשים את התכלית הביטחונית של הגדר באזור נשוא העתירה. כאמור, מוסכם על הכל, כי באזור נשוא העתירה לא ניתן להקים את גדר הביטחון על הקו המוניציפאלי ממש, ויש הכרח לסטות ממנו. אלא, שהמשיבות סוברות כי יש להקים את התוואי תוך סטייה מערבה מהקו המוניציפאלי, ואילו העותרים סוברים כי יש להקימו תוך סטייה מזרחה מקו זה. כאמור, עמדת המשיבות היא שהתוואי המוצע על ידי העותרים, העובר ממזרח לקו המוניציפאלי, אינו אפשרי מבחינה מעשית, היות והוא עובר כולו בתוך שטח בנוי משני צידי התוואי המוצע, תוך שהוא מבקש לפצל באופן מלאכותי את מה שבפועל הינו רצף אורבני אחד. יתרה מכך, עמדת המשיבות הינה כי תוואי כזה לא יהיה אפקטיבי מבחינה ביטחונית ולא יוכל להגשים את התכלית הביטחונית העומדת ביסוד הקמת הגדר. זאת, בשל היעדר מרווח ביטחון שיאפשר פעולות שוטפות של סיוור, תצפית ותחזוקה לאורך התוואי. 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 טוריק, 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)). בענייננו, לא עמדו העותרים בנטל המוטל על מי שמבקש מבית המשפט להעדיף עמדה המנוגדת – בהיבט הביטחוני – לעמדת גורמי הביטחון. יתרה מכך, הליך קביעת תוואי הגדר באזור נשוא העתירה היה הליך ממושך, שכלל התייעצות עם כלל הגורמים הביטחוניים, עד לדרגים הבכירים ביותר, ואף עם נציגי העותרים. תוואי הגדר באזור נשוא העתירה שונה פעמים רבות, על מנת למצוא פתרון שפגיעתו בזכויות העותרים תהא מצומצמת ככל הניתן. נוכח כל זאת, מסקנתנו היא כי תוואי הגדר שנקבע על ידי המשיבות מקיים את מבחן המשנה השני של המידתיות.

23. עוד יוער בהקשר זה, כי התוואי המוצע על ידי העותרים עשוי להעלות קושי נוסף, הנוגע להיבט כללי ועקרוני יותר של הצעתם. כאמור, העותרים מבקשים כי נורה למשיבות להסיט את התוואי שנקבע על ידן, ועובר כולו בתוך שטח ישראל, ולקבוע תוואי העובר ממזרח לקו המוניציפאלי של העיר ירושלים, וחלקו אף בשטח B המצוי בשליטתה האזרחית של הרשות הפלסטינית. הסטת התוואי מזרחה באופן כזה, תחייב הפקעת מקרקעין בשטחי יהודה ושומרון – וזאת כשהדבר אינו מתחייב משיקולי ביטחון, שהם העומדים בבסיס הקמת הגדר. השאלה אם אמנם ניתן וראוי לחייב את המדינה להפקיע קרקעות ביהודה ושומרון כשהדבר אינו מתחייב משיקולי ביטחון הכרחיים הינה אמנם שאלה מורכבת, המעוררת קשים לא מבוטלים. על כל פנים, בענייננו, אין אנו נדרשים להכריע בה, לאחר שקבענו כי תוואי הגדר המוצע על ידי העותרים ממילא קשה לביצוע מבחינה פיזית, ואף אינו מגשים באופן מספק את התכלית הביטחונית של הגדר.

24. באשר למבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות "במובן הצר" – עלינו לבחון אם הפגיעה הנגרמת לתושבי שכונות רכס שועפט כתוצאה מהקמת הגדר בתוואי שנקבע, עומדת ביחס סביר וראוי לתועלת הביטחונית הצומחת ממנה. לשם האיזון בין שני האינטרסים המתנגשים הללו יש להעריך, ראשית, את חומרת הפגיעה בתושבים המתגוררים בשכונות רכס שועפט. על מנת לעמוד על עוצמתה של פגיעה זו, יש להבחין בין התושבים המתגוררים בשכונות רכס שועפט אף שאינם בעלי מעמד חוקי בישראל, לבין תושבי שכונות רכס שועפט שהינם תושבי קבע במדינת ישראל; שכן, אף שהקמת הגדר פוגעת באוכלוסיית הרכס כולה, לא הרי בעלי הזכות להיכנס לתוככי ישראל וליהנות מהשירותים הניתנים למי שהינם תושבי ירושלים, כהרי מי ששוהים בירושלים שלא כדין. ככל שמדובר בתושבי שכונות רכס שועפט שאינם תושבי ירושלים, ואף אינם מחזיקים בהיתר כניסה לישראל, ברי כי הקמת הגדר תמנע מהם, פשוטו כמשמעו, את המעבר בין שכונותיהם לבין שאר חלקיה של העיר ירושלים. תוצאה זו היא ודאי פוגענית כלפי אוכלוסיה גדולה שיש לה בוודאי עניין של ממש לקיים קשר ואף חופש תנועה מאזור מגוריהם לירושלים. אלא, שתושבים אלה אינם בעלי זכות לחופש תנועה

בירושלים – מה גם שבקרוב אוכלוסיה זו מצויה להערכת גורמי הביטחון, פוטנציאל של סיכון ביטחוני מצד פעילי טרור. לעומת זאת, ככל שמדובר בתושבי שכונות רכס שועפט שהינם בעלי מעמד חוקי במדינת ישראל, הרי שהם אכן צפויים להיפגע, גם בזכויותיהם לנוע לירושלים ובתוכה. אך כשפגיעה זו נבחנת אל מול הצורך הביטחוני, הרי שהיא פגיעה מידתית. גישתם של תושבים אלה לשאר שטחי ירושלים אינה נמנעת, אף כי מוטלות עליה מגבלות; המגבלה העיקרית, שאינה מבוטלת, נובעת מהצורך לעבור במסוף המעבר שנקבע בגדר הביטחון. ברי, כי הצורך לעבור במסוף מהווה פגיעה ממשית. הקמת הגדר מקשה על תושבי שכונות רכס שועפט, גם אלה שהינם תושבי קבע בישראל, את המעבר אל מקומות עבודתם, אל מרכזי השירותים, החינוך והרווחה, ואל השירותים העירוניים אשר מרביתם נמצאים ביהודה ושומרון. הגדר מעכבת את הגישה החופשית משכונות אלה אל המרפאות ובתי החולים המצויים ביהודה ושומרון, אל בתי הספר שבהם, ואל משרדי הממשלה השונים. איננו מקלים ראש בפגיעות אלה. הגדר עתידה להשפיע באופן לא מבוטל על מציאות חייהם של תושבי הקבע המתגוררים בשכונות רכס שועפט, ולהקשות על ביצוען של פעולות יום-יומיות ופשוטות. אלא, שבהתחשב בהתחייבויות המדינה, ובראשן ההתחייבות להקמת מסוף המעבר במקום, נראה שניתן – ועל כן גם חובה – להפחית מרביתן של פגיעות אלה עד לרמה שתאפשר המשך שגרת החיים בשכונות רכס שועפט גם לאחר הקמת גדר הביטחון. מסוף המעבר המתוכנן, כפי שהוא מתואר בהודעת המשיבות מיום 20.8.2007, על כל האמצעים הנכללים במסגרתו לשם הבטחת המעבר בין שכונות רכס שועפט לבין שאר שכונותיה של ירושלים, נועד למנוע את ניתוקם של העותרים מהמרכז העירוני אליו הם משתייכים. הסניפים והנציגויות מטעם משרד הפנים, הביטוח הלאומי ושירות התעסוקה, המתוכננים לקום בסמוך למסוף, יסייעו אף הם בשימור נגישותם של תושבי שכונות רכס שועפט אל השירותים העירוניים והממשלתיים המשמשים אותם. כאמור, אכן יש הכבדה על גישתם של העותרים אל המרכז העירוני של העיר ירושלים כתוצאה מהקמת הגדר ומהצורך לעבור במסוף – אך ודאי שהגישה לירושלים אינה נשללת. אל מול פגיעה זו, הניתנת לצמצום, יש לשקול את העובדה כי הגדר מגשימה את התכלית הביטחונית החשובה של מניעת מעבר חופשי של מחבלים ופעילי טרור אל תוך שטחי ישראל. תועלת זו מקבלת משנה חשיבות, כאשר מדובר בהקמת גדר הביטחון באזור שועפט, המהווה נקודת מעבר מרכזית בין שטחי יהודה ושומרון לשטחי ישראל, ונקודת תורפה במערך הכללי של גדר הביטחון.

לפיכך, ובהתחשב בקביעת ועדת הערעור, המחייבת את המדינה לבנות את מסוף המעבר באופן שיאפשר מעבר של 5,000 איש בשעה במהלך שעות העומס (6:00-8:00), דבר שיבטיח זמני המתנה קצרים וסבירים במחסום, מסקנתנו היא כי הפגיעה בעותרים, הינה מידתית ביחס לצורך להגשים את מטרות הביטחון שבבסיס תוואי הגדר.

25. נוכח כל האמור לעיל, לא מצאנו עילה להתערב בשיקול דעתן של המשיבות, לפיו האיזון בין השיקולים השונים בענייננו מצדיק את בניית הגדר בתוואי שנקבע. החלטות המשיבות נעשו בסמכות,

ועמדתן, בנסיבות הקיימות ואל מול הצרכים הביטחוניים, הינה סבירה ומידתית. אשר על כן, העתירה נדחית.

ה נ ש י א ה

השופט א' א' לוי:

-

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

-

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ז בחשוון התשס"ט (25.11.2008).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה

-