



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5558/23

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ח' כבוב

העותר: אבו אלרוב

נ ג ד

- המשיבים: 1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. לשכת התכנון המרכזית איו"ש
3. המועצה העליונה לתכנון ובניה ביו"ש
4. ועדת המשנה לפיקוח על הבניה
5. היחידה המרכזית לפיקוח

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים

בשם העותר: עו"ד סאיד קאסם
בשם המשיבים: עו"ד אסתי אוחנה

פסק-דין

השופט ח' כבוב:

1. עניינה של העתירה שלפנינו בהחלטת משיב 1, המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (להלן: המפקד הצבאי), מיום 26.06.2023, בגדרה נדחתה בקשת העותר להחריג מבנים בהם הוא מחזיק מתחולתו של צו בדבר איסור בניה והפסקה 02/04/אב (מכשול התפר) (הארכת תוקף 6), התשפ"ג-2022 (להלן: צו איסור הבנייה או הצו). מדובר בשני מבנים חקלאיים בגודל של כ-150 ו-200 מ"ר, אשר לגביהם הוצאו צווי הפסקת עבודה (תיקי בב"ח ג' 53/22 ו-ג' 54/22), והם מצויים במרחק של כמה עשרות מטרים ממכשול התפר (להלן: המבנים).

בעתירה התבקשנו, בעיקרו של דבר, להוציא מלפנינו צו על-תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם, מדוע לא יוחרגו המבנים מתחולת צו איסור הבנייה; ולחלופין, מדוע לא יימנעו המשיבים מהריסת מבנים אלו, על-פי צווי ההריסה הסופיים שהוצאו ביום 26.07.2022. יצוין, כי יחד עם הגשת העתירה, הגיש העותר בקשה למתן

צו ביניים "האוסר על המשיבים ו/או מי מטעמם ו/או כל זרועותיהם, להרוס את המבנים השייכים לעותר", אשר נדחתה בהחלטת מיום 20.07.2023.

צו איסור הבנייה והרקע להוצאתו

2. לאחר שנועצה בגורמים ביטחוניים, צבאיים ומקצועיים, קיבלה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החלטה להקים מכשול באורך של כ-116 קילומטר, שנועד לחצוץ בין שטחי האזור לבין שטחי מדינת ישראל (ראו גם האמור בבג"ץ 8172/02 אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.10.2002) (להלן: עניין אבראהים)). החלטה זו, שהתקבלה כבר בשנת 2002, היא חוליה אחת בשרשרת צעדים בהם נקטה מדינת ישראל על מנת להתמודד עם המציאות הביטחונית ששררה בה החל משנת 2000, עת פרצה האינתיפאדה השנייה (בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל, פסקה 12 (05.04.2011) (להלן: עניין משטר ההיתרים)). לא אחת, עמד בית משפט זה על התכלית הביטחונית הניצבת ביסוד הקמת מכשול התפר. בין השאר, הוטעם כי:

"מרחב התפר נועד לחסום מעבר של מחבלים מתאבדים ומחבלים אחרים לתחומי מדינת ישראל. על פי תפיסתם של הגורמים הביטחוניים והצבאיים המופקדים על הנושא, יצירת מרחב התפר הינה מרכיב מרכזי בלחימה בטרור שמקורו באזור יהודה ושומרון. אם וככל שלא יהיה במחסום המוקם משום חסימה מוחלטת מפני חדירת מחבלים, 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 מחבלים בטרם כניסתם לתחומי המדינה" (עניין אבראהים).

3. לצד זאת, הפסיקה הכירה גם בפגיעה הכרוכה בהקמת מכשול התפר בזכויותיהם של תושבי האזור, ובכלל זה – בחופש התנועה, בזכות לקניין וביכולתם של תושבי האזור לנצל כראוי קרקעות שבבעלותם (ראו למשל: עניין אבראהים; עניין משטר ההיתרים, בפסקה 12). על אף האמור, נפסק כי ביסוד הקמת המכשול ניצבים צורכי ביטחון – ומשכך הקמתו ותפיסתו מקרקעין לשם כך, מצויים בסמכות המפקד הצבאי, ובלבד ועד כמה שהדבר נדרש על פי צרכים צבאיים (בג"ץ 676/17 ווחש נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 21 (11.06.2019) (להלן: עניין ווחש)).

4. ביום 05.09.2004 הוציא המפקד את הצו בדבר איסור בניה מס' 2/04, התשס"ד-2004. צו זה נועד לשמור על האפקטיביות של מכשול התפר ולאפשר את מימוש התכליות הביטחוניות שמצויות בבסיס הקמתו. משכך, אוסר הצו על בנייה בסמוך

למכשול התפר, אלא אם כן ניתן לה אישור מאת המפקד הצבאי. בהקשר זה כבר נקבע כי:

”בניה ללא אישור בצמוד לגדר הביטחון מגביל[ה] את חופש הפעולה המבצעי בסמוך לגדר ומגביר[ה] את החיכוך עם האוכלוסייה המקומית. בניה כזו עלולה להיות גם מסתור למפגעים או לשוהים בלתי חוקיים בתוך אוכלוסייה אזרחית לא מעורבת, ולאפשר לפעילי טרור לבצע הברחות אמל”ח ואף כניסה משטחי האזור לשטחי ישראל. מקובלת עלינו לפיכך עמדת גורמי הביטחון לפיה בנייה נרחבת לאורך הגדר פוגעת באופן ממשי באפקטיביות הביטחונית של המכשול, תוך סיכון של חיי אזרחים ושל כוחות הביטחון, וכי קיים צורך צבאי-ביטחוני בהגבלת הבנייה בסמוך לגדר כדי למנוע סיכון זה” (עניין ווחש, בפסקה 22, והאסמכתאות שם).

5. מאז שהוצא צו זה בשנת 2004, תוקפו הוארך מעת לעת, וכעולה מתגובת המשיבים הצורך הביטחוני שבהמשך תוקפו נבחן אך לאחרונה, עת נמצא כי ישנו צורך מובהק להותיר אותו על כנו. בנסיבות אלה הוצא, ביום 14.12.2022, צו איסור הבנייה מושא ענייננו, שתוקפו עד יום 31.12.2027.

6. צו איסור הבנייה אוסר, אם כן, על כל בנייה במקרקעין בתחומו (סעיף 2 לצו), אלא אם כן ניתן היתר מאת המפקד הצבאי (סעיף 3 לצו; ראו גם: סעיף 332(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס’ 1651), התש”ע-2009 (להלן: הצו בדבר הוראות ביטחון)). בהתאם לכך, תקנה 10(א)(2) לתקנות תכנון ערים, כפרים ובנינים (בקשה ליתר ותנאים) (יהודה והשומרון), התש”ף-2020 (להלן: התקנות) קובעת כי בקשה לקבלת היתר בנייה בתחומי צו איסור בנייה לא תיקלט, אלא אם כן הציג המבקש אישור לפי סעיף 332(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון, כמפורט בטופס 6 לתוספת הראשונה.”

7. להשלמת התמונה יוער, כי סעיף 4 לצו איסור הבנייה קובע את הדרך בה יש לפרסמו, כך שנקבע, בין השאר, כי “הודעה על חתימת צו זה תובא ככל הניתן, לידיעתם של בעלי המקרקעין או המחזיקים בהם, באמצעות פרסומה במנהלת התיאום והקישור הגזרתית, פרסומה במקרקעין או בכל דרך אחרת שתמצא לנכון” (סעיף 4.א. לצו; עניין ווחש, בפסקה 26).

8. עוד יוער, כי סמכותו של המפקד הצבאי להוצאת צווי איסור בנייה עוגנה בעבר בסעיף 2 לצו בדבר פיקוח על הבניה (יהודה והשומרון) (מס’ 393), התש”ל-1970, וכיום היא נטמעה בסעיף 332(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון, הכולל גם סמכות משלימה, בסעיף 332(ה), להורות על הריסה, פירוק או סילוק של מבנים שנבנו בניגוד לצו איסור בנייה

(ראו למשל: בג"ץ 1372/23 מוחמד נ' המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 4 (28.05.2023) (להלן: עניין מוחמד)).

תמצית העובדות

9. כאמור, עסקינן בשני מבנים חקלאיים בגודל של כ-150 מ"ר וכ-200 מ"ר, המצויים במרחק של כ-65 מטר וכ-110 ממכשול התפר, בסמוך לכפר ג'לבון שבנפת ג'נין. מבנים אלו נבנו בחלקת מקרקעין המצויה, לטענת העותר, בבעלותו ובחזקתו.

10. כעולה מתגובת המשיבים, ביום 21.06.2022 הוצאו ונמסרו לעותר צווים להפסקת עבודה ביחס לשני המבנים. במסגרתו זו, העותר זומן לדיון בפני ועדת המשנה לפיקוח של מועצת התכנון העליונה (להלן: הוועדה), אשר נקבע ליום 06.07.2022.

11. מספר ימים לאחר מכן, ביום 27.06.2022, הגיש העותר בקשה לקבלת היתר בנייה, לשם הכשרת שני המבנים. יצוין, כבר עתה, כי ביום 26.10.2022 החליטה לשכת התכנון המרכזית באזור יהודה ושומרון שלא לקלוט את בקשתו זו, בהתאם להוראת תקנה 10(א)(2) לתקנות, שהוזכרה לעיל, ומשום שלא צורף לה האישור הנדרש מאת המפקד הצבאי.

12. ביני לביני, ביום 06.07.2022, התקיים דיון בוועדה, בהשתתפות בא-כוח העותר, בסופו נקבע כי יוצאו צווים סופיים להפסקת עבודה ולהריסת המבנים, אשר ימומשו רק 30 ימים "לאחר שיומצא למחזיק [העותר – ח' כ'] מענה ביחס לבקשת היתר הבנייה". בהתאם, ביום 26.07.2022, הוצאו צווים סופיים להפסקת עבודה ולהריסת המבנים, תוך שניתנה בידו של העותר שהות בת 30 ימים לשם סילוק המבנים מהמקרקעין.

13. ביום 20.01.2023 הגיש העותר בקשה להחרגת המבנים והמקרקעין עליהם הם בנויים, מתחולתו של צו איסור הבנייה (להלן: בקשת ההחרגה). שלושה ימים לאחר מכן, ביום 23.01.2023, ועוד בטרם ניתנה החלטת המפקד הצבאי בבקשה זו, עתר העותר לפני בית משפט זה בבקשה להורות על עיכוב צווי הפסקת העבודה והריסת המבנים, עד להכרעה בבקשת ההחרגה.

14. ביום 06.03.2023 נדחתה עתירה זו על הסף, זאת מחמת קיומו של סעד חלופי באמצעות פנייה לבית המשפט לענינים מינהליים. בשולי פסק הדין נקבע כי הצו הארעי שניתן בהחלטה קודמת, ואשר מנע את מימוש הצווים, יוסיף לעמוד בתוקפו "עד ליום 1.5.2023, על מנת לאפשר לעותר למצות את ההליכים לפני הערכאה המוסמכת" (בג"ץ 676/23 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 10 (06.03.2023) (להלן: העתירה הראשונה)).

15. ביום 30.04.2023 הגיש העותר עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לענינים מינהליים, אשר הייתה זהה כמעט לחלוטין לעתירה הראשונה, זאת למעט תוספת קצרה המציינת את דבר הגשת העתירה הראשונה (להלן: העתירה המינהלית). בפסק-דינו, שניתן ביום 11.05.2023, דחה בית המשפט את העתירה המינהלית מחמת אי נקיון כפיים ועשיית דין עצמי, וכן נוכח השיהוי שבהגשתה "המתבטא בכך שלכאורה ביקש [העותר – ח' כ'] להאריך באופן מלאכותי את פרק הזמן שבו יוכל ליהנות מהצו הארעי שניתן במסגרת העתירה לבג"ץ [העתירה הראשונה – ח' כ']" (עת"מ (מנהליים י-ם) 54496-04-23 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 9 (11.05.2023)). עוד נקבע, כי מדובר בעתירה מוקדמת, שכן טרם התקבלה החלטת המפקד הצבאי בבקשת ההחרגה (שם, בפסקה 10).

16. ביום 26.06.2023 דחה המפקד הצבאי את בקשת ההחרגה, לאחר שמצא כי "הקמת בינוי בסמוך לגדר הביטחון [...] פוגעת באופן ממשי באפקטיביות הביטחונית של המכשול תוך סיכון חיי אזרחים וכוחות הביטחון".

17. מכאן העתירה שלפנינו, אשר הוגשה ביום 19.07.2023.

טענות הצדדים

18. בתמציתם של דברים, העותר טען כי הופתע עת נמסרו לו צווי הפסקת העבודה, זאת משום "[ש]סבר בתם לב כי שטח המקור[ק]עין שבבעלותו מצוי תחת מרותה ושליטתה של הרשות הפלסטינית". עוד הוסיף וטען העותר, כי החלטתו של המפקד הצבאי לדחות את בקשת ההחרגה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ואף פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכויותיו.

19. המשיבים מצדם, סבורים שדין העתירה להידחות על הסף מחמת אי נקיון כפיים ועשיית דין עצמי, בשים לב לכך שהמבנים הוקמו מבלי שנתבקש בגינם אישור מאת המפקד הצבאי. אף לגופם של דברים, נטען כי האיזון שבין זכויותיו של העותר למול התכלית הביטחונית שביסוד צו איסור הבנייה והקמת מכשול התפר – לא מקים עילה להתערבות בהחלטת המפקד הצבאי. לצד האמור, הוסיפו והדגישו המשיבים כי:

"סמיכות הגדר לישוב מירב מביאה לאיום ביטחוני תמידי על הישוב, דבר המתעצם ביתר שאת לנוכח אירועי פעילות חבלנית עוינת קשים שאירעו במרחב. אך בחודשים האחרונים נרשמו מספר רב של אירועי ירי מכיוון הכפר ג'ילבון, אשר נמצא מעברו השני של הגדר, אל עבר הישוב מירב".

20. להשלמת התמונה, יוער כי בתגובת המשיבים צוין כי אף לאחר הגשת העתירה, ביום 22.08.2023, הובא עניינם של המבנים לפתחו של המפקד הצבאי, וזה לא מצא כי יש לשנות מהחלטתו.

דיון והכרעה

21. לאחר עיון, מצאתי כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופה, הכול בהתאם לאמור להלן.

22. כפי שנקבע לא אחת, "עשיית דין עצמי ובקשה למתן סעד מן הצדק, צרות הן אחת לרעותה, ואינן יכולות לדור זו עם זו בכפיפה אחת" (בג"ץ 1433/23 סלים נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 8 (28.03.2023), והאסמכתאות שם; בג"ץ 5559/23 בני עודה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 11 (07.09.2023), והאסמכתאות שם (להלן: עניין בני עודה)). עוד הובהר בפסיקתנו כי – "הלכה זו, כוחה יפה ביחס לכל מבנה שנבנה שלא כדין; ונכונה ביתר שאת שעה שעוסקים במבנה שנבנה בתחום צו איסור בנייה" (בג"ץ 1434/23 מחאמיד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 7 (29.03.2023); בג"ץ 2442/23 עראערה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 5 (28.09.2023) (להלן: עניין עראערה)).

23. כזכור, העותר טען כי האמין בתום לב כי המקרקעין מצויים בשטחי הרשות הפלסטינית ומשכך אינם כלולים בתחומי צו איסור הבנייה. אשר לטענה זו, אעיר כי, כידוע, "אי-ידיעת הדין אינה יכולה להכשיר בנייה בלתי חוקית", לא כל שכן, בענייננו – כאשר צו איסור הבנייה הוצא ביום 05.09.2004, לפני כעשרים שנה, ואין חולק על כך שפורסם כדין (עניין מוחמד, בפסקה 5, והאסמכתאות שם; עניין בני עודה, בפסקה 13, והאסמכתאות שם; עניין ווחש, בפסקאות 26-27). לזאת יש להוסיף, כפי שציין בית המשפט לעניינים מינהליים שדן בעתירה המינהלית, כי – "העותר לא ביסס בדבר את טענתו שלפיה החל בהליכי רישוי ברשות הפלסטינית [...] [ולא צירף כל מסמך לתמיכה בכך] (שם, בפסקה 8). די, אם כן, בעובדה שהעותר בנה את המבנים באופן בלתי חוקי – כדי להצדיק את דחיית העתירה שלפנינו על הסף (עניין עראערה, בפסקה 5, והאסמכתאות שם; בג"ץ 8489/23 שלא לדא נ' המינהל האזרחי באיו"ש, פסקה 4 (03.12.2023) (להלן: עניין שלא לדא)).

24. גם לגופם של דברים, דינה של העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבותנו. הלכה היא עמנו כי בית משפט זה אינו שם עצמו כ'מומחה לענייני ביטחון וצבא'. בהיעדר כל ספק ביחס לסמכותו להוציא את הצו ולאשר בקשות להחרגה מתחומיו (ראו: פסקה 9 שלעיל) – הרי שנתון בידו שיקול דעת רחב במיוחד, בהחלטה אם להיעתר לבקשות

שכאלה (עניין עראערה, בפסקה 7, והאסמכתאות שם; עניין מוחמד, בפסקה 5, והאסמכתאות שם; עניין שלא לדא, בפסקה 5). עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בנדון דידן – אין בנמצא.

25. על הפגיעה בתושבי האזור הכרוכה בהקמת מכשול התפר ובצו איסור הבנייה, קשה לחלוק (ראו: פסקה 3 שלעיל). במאמר מוסגר אציין, כי בענייננו פגיעה זו מתמתנת קמעא, נוכח העובדה שמדובר בבנייה שנעשתה כלל מבלי שנתבקש לכך היתר, שהלוא "אין משמעה של הזכות לקניין כי לפרט עומדת הזכות לבנות בניגוד לדין ובניגוד לדיני התכנון והבניה החלים עליו" (בג"ץ 4588/18 אגודת "סנט-איב" המרכז הקתולי לזכויות אדם נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 31 (30.04.2019)).

26. כך או כך, ועל אף הפגיעה האמורה, מעיון בכתובים על נספחיהם עולה כי המפקד הצבאי שקל, ושב ושקל, את מכלול השיקולים הרלוונטיים – לרבות הנזק שעלול להיגרם לעותר, המצב המבצעי והצרכים הביטחוניים, ומצא כי על השיקולים הביטחוניים לגבור. בכך, כאמור, אין בידנו להתערב.

27. סוף דבר: בהתאם לכל האמור לעיל, העתירה נדחית. העותר יישא בהוצאות המשיבים בסך של 3,000 ש"ח.

ניתן היום, ג' באדר א' התשפ"ד (12.2.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט