

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 10356/02

בג"ץ 10497/02

בפני: כבודהנשיא אי ברק
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת אי פרוקצ'יה

העותרים בבג"ץ 10356/02: 1. יואב הס
2. ח"כ מוסי רז
3. תנועת "יש גבול"

העותרים בבג"ץ 10497/02: 1. עיריית חברון
2. הוועדה לשיקום מבנים בחברון
3. עבד אלחאפז אדריס
4. חגי חדר רבעי
5. נעמן שוכרי דענא
6. כאמל מוצטפא ג'אבר
7. אחמד חאמד ג'אבר
8. מחמוד עבד ג'אבר

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 10356/02: 1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,
אלוף פיקוד מרכז
2. מדינת ישראל

המשיבים בבג"ץ 10497/02: 1. האלוף משה קפלנסקי, מפקד כוחות צה"ל באיו"ש
2. המנהל האזרחי לאיזור יהודה ושומרון
3. ממשלת ישראל

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים בבג"ץ 10356/02: עו"ד יוסי ארנון; עו"ד ישי ניב

בשם העותרים בבג"ץ 10497/02: עו"ד שלמה לקר

בשם המשיבים בשני הבג"צים: עו"ד יוכי גנסין

ספרות: יצחק זמיר, [הסמכות המינהלית](#) (תשנ"ו), [תוכן עניינים והקדמה](#)
ספרות: יצחק זמיר, [הסמכות המינהלית](#) (תשנ"ו), [שער 5: ההליך המינהלי - פרק 30: תשתית העובדות](#)

כתבי עת:

[יורם דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", עיוני משפט, כרך ב \(תשל"ב-תשל"ג\) 505](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)[י' זמיר, הסמכות המינהלית \(תשנ"ו\)](#)

מיני-רציו:

משפט מינהלי – שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בתפיסת מקרקעין

מפקד כוחות צה"ל באיו"ש הוציא צו המיועד לנקוט אמצעים להגברת ביטחונם של העוברים בציר המתפללים בואכה למערת המכפלה, במסגרתו ביקש לתפוס שטחי קרקע בצדי הדרך וכן הריסה חלקית של מבנים לאורכה. ביהמ"ש העליון דחה את עתירתם של בעלי זכויות ועניין שונים כנגד החלטת המפקד, ובחן את חוקיות פעולתו של המפקד.

מתוך בחינת אחריותו והיקף סמכויותיו של מפקד האזור, לרבות המקורות המשפטיים לסמכויותיו השלטוניות, נפסק כי תפיסת מקרקעין עשויה להוות צעד הכרחי במימוש סמכויותיו ואחריותו של המפקד, באשר היא עשויה להידרש הן למימוש צרכים צבאיים וביטחוניים והן לצורך הגשמת חובתו של המפקד להגן על אינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור. ביהמ"ש הפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול-דעת המפקד כמי שממלא תפקיד ציבורי עפ"י דין. נפסק כי בביקורת זו אין להמיר את שיקול-דעת המפקד בשיקול-דעת ביהמ"ש.

לגופו של עניין נקבע כי אין עילה להתערב בשיקול-דעתו של המפקד בהוצאת צו התפיסה, וזאת לאחר בחינת איזון דו-שלבי: שלב ראשון – חופש דת ופולחן מול ערך ההגנה על ביטחון החיים; שלב שני – חופש פולחן מול ערך ההגנה על קניין פרטי.

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

השאלה

1. תושביה היהודיים של קרית-ארבע מבקשים לממש את זכותם להתפלל במערת המכפלה, המוחזקת כמקום קדוש ליהדות ולאסלם. דרך הגישה הרגלית מקרית-ארבע למערת המכפלה עוברת בציר שאורכו כ-730 מטר (להלן – "ציר המתפללים"). בדרך זו עובר מדי שבת ומועד ציבור גדול של הולכי רגל – גברים, נשים, וטף בדרכם לתפילה במערת המכפלה. באיזור הסמוך ל"ציר המתפללים" ארעו בשנים האחרונות פיגועים רצחניים על ידי גורמי טרור אשר תבעו קרבנות בנפש. בעקבות הסיכון הבטחוני המאיים על הולכי הרגל בציר, מבקש מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון (להלן – "מפקד האיזור") לנקוט אמצעים שונים להגברת בטחונם של העוברים בציר. לשם כך הוא מבקש, בין היתר, להרחיב את הדרך בחלקו הצפוני של הציר ולמגן אותה בדרכים שונות. כן הוא מבקש להרחיב את הדרך בקטע הדרומי בואכה מערת המכפלה כדי לאפשר לרכב אבטחה וחילוץ לעבור במקום, דבר שכיום הינו בלתי אפשרי עקב צרותו של המעבר. לצורך ביצוע הרחבת הדרך לאורך הציר נדרשת תפיסה של שטחי קרקע בצידי הדרך וכן הריסה חלקית של שני מיבנים וחלק מיבנה נוסף הניצבים בחלקו הדרומי של הציר כשהם בלתי מאוכלסים. לשם מימוש אמצעים אלה, הוציא מפקד האיזור צו תפיסה והריסה. חוקיות פעולתו זו של מפקד האיזור עומדת לבחינה משפטית בהליך זה. נבחן את היקף סמכותו להוציא את הצו, ונדון בהקשר לכך בשאלת היחס בין זכות התנועה והפולחן של המתפללים, אל מול זכות הקניין של בעלי המקרקעין המצויים בתחומי הצו.

הרקע

2. בערב שבת, יום ה-15.11.02, נורו יריות מחוליית מחבלים אל עבר כוחות בטחון ומתפללים שהיו בדרכם בציר המתפללים מתפילת השבת במערת המכפלה לבתיהם בקרית-ארבע. בקרב שהתפתח בין המחבלים לכוחות הבטחון שהיו במקום נהרגו שנים-עשר לוחמים מקרב חיילי צה"ל, מג"ב וכיתת כוננות של קריית ארבע. בעקבות ארוע זה, ועל רקע מספר ארועי טרור קודמים בסמיכות לאותו מקום, החליט מפקד האיזור לנקוט צעדים להגברת רמת הבטחון בציר המתפללים כדי להגן על שלומם וחייהם של העוברים בו בדרכים לתפילה. עיקרם של הצעדים בהרחבת הדרך וביצוע פעולות נדרשות לצורך כך. לשם ביצוע תכנית זו הוציא המפקד ביום 29.11.03 "צו בדבר תפיסת מקרקעין" (להלן – "צו התפיסה") בו הורה על תפיסת חלקות קרקע השוכנות לאורך הציר, ועל הריסת מספר מיבנים לאורך הדרך. במקורו, נועד הצו לאפשר ביצוע הצעדים הבאים: בחלקו הצפוני של הציר (המשתרע למן "הפשפש" ועד לצומת הצירים "ציון", "ארז" ו"גורן") - הקמת חומת מגן מבטון להגנה על המתפללים

מפני ירי שטוח-מסלול מהמזרח וכן הרחבת הכביש לצורך סלילת מדרכה להולכי רגל אשר תמוגן באמצעות רכיב מבטון שתכליתו למנוע דריסת הולכי רגל על ידי רכב הנוסע בכביש. בצומת עצמה מתוכנן שינוי מידרג הצירים החוצים אותה כדי למנוע עיכוב כלי רכב בצומת, היוצר כשלעצמו סיכון בטחוני. הקטע הדרומי של הציר הינו סימטה צרה ביותר העוברת בעיקרה דרך בתי הקסבה המזרחית של חברון, ומובילה עדי מערת המכפלה. סמטה זו, מפאת צרותה, אינה מאפשרת מעבר רכב בתחומיה. בצידיה, ניצבים מיבנים נטושים העלולים לשמש מחסה למפגעים ולסכן את חייהם של הולכי הרגל העוברים במקום, לעיתים באלפיהם, בדרכם לתפילה. כאן תוכננה על פי הצו המקורי הרחבה של הסמטה לרוחב כולל של 8 מטרים, כדי לאפשר מעבר רכב צבאי ורכב הצלה לצורך ליווי המתפללים ואבטחתם, ולצרכי חילוץ במקרה של פיגוע. כדי לאפשר הרחבה כזו תוכננה הריסה של כ-13 מיבנים נטושים הניצבים בצידו הדרוך. הצו הוגבל בזמן.

העתירות

3. בפנינו שתי עתירות כנגד צו התפיסה. בעתירה האחת עותרים תנועת "יש גבול" ופעילים במסגרתה, ובעתירה האחרת עותרים עיריית חברון, העמותה לשיקום מיבנים בחברון, וקבוצה של בעלי זכויות במקרקעין הכלולים בצו התפיסה. העתירות תוקפות את חוקיותו של צו התפיסה ומייחסות לו חוסר סבירות קיצוני והעדר מידתיות לאור המטרה שלשמה הוצא, נוכח הפגיעה הקשה בקניינם של בעלי הזכויות בקרקע לאורך הציר, ולאור הפגיעה המתוכננת במיבנים בעלי ערך ארכיאולוגי ייחודי. כנטען, הוצאת הצו על ידי מפקד האיזור מונעת משיקולים זרים, כאשר הטעם הבטחוני שניתן להוצאתו הינו כסות למניע פוליטי דומיננטי שתכליתו העיקרית ליצור רצף טריטוריאלי בין קרית-ארבע למערת המכפלה באמצעות הקמת טיילת, אשר יאפשר בהמשך הזמן הרחבת הישוב היהודי באיזור. בהקשר לכך נטען כי אין קשר ענייני אמיתי בין הפיגועים שארעו בסביבה לבין האמצעים המתוכננים במסגרת צו התפיסה, ובתוכם הריסת הבתים, ומאחר שהאיזור נשוא הצו הוכרז עוד קודם לכן כשטח צבאי סגור ונעזב מתושביו, אין הוא נדרש לצרכי ביטחון. העותרים מבין תושבי חברון הדגישו בטיעוניהם כי יישומו של הצו עלול להביא להריסת ערך חשוב מן העיר חברון ההיסטורית, הכולל מיבנים מן התקופה הממלוכית ובתים אחרים המיועדים לשימור, וכי [חוק העתיקות](#) החל במקום אינו מתיר פעולות כאלה מההיבט הארכיאולוגי. טענה זו גובתה בחוות דעת מקצועיות של אנשי מקצוע העוסקים בשימור מיבנים עתיקים ובחוות דעת אדריכליות.

נטען עוד על ידי העותרים כי תפיסת המקרקעין והריסת המיבנים נשוא הצו עומדים בניגוד לדין הבינלאומי המחייב את מפקד האיזור להפעיל את סמכותו להבטחת הסדר והבטחון בשטח כבוש בגידרה של תקנה 43 לאמנת האג מ-1907 (להלן – "אמנת האג") ובניגוד לסעיף 53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949, (להלן – "אמנת ג'נבה") האוסר הריסת נכסי מקרקעין של אזרחים בשטח כבוש אלא אם פעולה זו הכרחית ומתחייבת לצורכי פעולות צבאיות. כן נוגד צו התפיסה את הדין הבינלאומי החל על שימור נכסים ארכיאולוגיים. על פי עמדתם, הצו גם אינו עומד במבחן המשפט החוקתי הישראלי, בהביאו לתוצאה בלתי מאוזנת בשיקלול שבין זכות המתפללים לממש את חופש הדת והפולחן שלהם, לבין זכות בעלי הקרקע לאורך הציר, הזכאים להגנה על קניינם. כן טוענים בעלי זכויות הקניין מבין העותרים כי לא נשמרה זכות הטיעון הנתונה להם לתקוף את חוקיות הצו בפני מפקד האיזור.

עמדתה הראשונית של המדינה

4. בעמדתה הראשונית של המדינה לעתירות נטען כי מטרתו האחת והיחידה של צו התפיסה הינה בטחונית, ואין הוא משמש מסווה להשגת תכלית אחרת. הוא הוצא כתגובה ישירה לסיכון המתמשך מפני מעשי טרור, המאיים דרך קבע על התושבים היהודיים ההולכים בציר המתפללים ונוכח אחריות המפקד הצבאי להבטיח את שלומם. לצורך הגברת אמצעי הבטחון בציר, הופעל שיקול דעת קפדני ונבחנו דרכים חלופיות שונות לצורך מעבר רגלי של המתפללים למערת המכפלה בשבתות ומועדים, תוך מאמץ מירבי להקטין ככל האפשר את הפגיעה בתושבי המקום ובבעלי זכויות בקרקע בסביבה. בסופו של דבר נמצא, כי המעבר בציר הינו הפתרון המתאים ביותר ביחס לשאר החלופות בשים לב לצרכי הבטחון מצד אחד, ולצורך לצמצם ככל האפשר את היקף הפגיעה בתושבי המקום, מנגד.

לטענת העותרים כי נפגעה זכותם לטעון בפני מפקד האיזור כנגד הצו, נטען כי נעשו המהלכים הנדרשים לצורך הבאת הידיעה אודות הוצאת צו התפיסה לידיעת בעלי הזכויות הנוגעים בדבר. ניתן פרק זמן סביר לצורך הגשת השגות, אולם השגות כאלה לא הוגשו במהלך הזמן שנקצב לכך, עד להגשת העתירות.

אשר למישור הנורמטיבי, נטען כי סמכות המפקד הצבאי לתפוס מקרקעין בשטח האיזור נשענת על תקנה 43 לאמנת האג, המקימה חובה לשמור על הבטחון בשטח כבוש ועל החריג שבתקנה 23(g) באמנה המקימה סייג לאיסור על הריסת רכוש אויב כאשר הדבר נדרש לצורכי לחימה. תקנה 52 לאמנת האג מתירה לתפוס מקרקעין לצרכי הבטחת הסדר והבטחון הציבורי אף שלא בעת לחימה, וגם היא משמשת בסיס לפעולה שנעשתה. חובת השמירה על נכסי תרבות המעוגנת במשפט הבינלאומי אינה שוללת הכרה בצרכי בטחון דחופים הגוברים בנסיבות מסוימות על חובת השימור של נכסי תרבות, כאמור. מכח מקורות אלה, מוסמך מפקד האיזור ואף חייב הוא להגן על בטחונם של הולכי הרגל בציר המתפללים, והוצאת צו התפיסה מצויה בגדר סמכות ואחריות זו. צו זה עומד במבחן החוקתיות נוכח הצרכים הבטחוניים הנדרשים במעבר בציר בגידרה של זכות הפולחן של המתפללים, והפגיעה הבלתי נמנעת בקניינם של העותרים עקב כך הינה מידתית בהתחשב בעובדה כי מדובר במיבנים נטושים מזה זמן, ונוכח קיומה של זכות לפיצוי כספי בגין פגיעה זו. פעולת מפקד האיזור משקפת איזון הולם בין הערכים השונים הפועלים בענין זה, והיא חיונית לאינטרס הציבורי, היא סבירה ומידתית, ואין מקום להתערב בה כדי לשנותה.

השתלשלות ההליכים

5. ביום 18.12.02 ניתן צו על תנאי בעתירות ואילו צו ביניים האוסר על הריסת מיבנים על פי צו התפיסה צומצם כך שלא יחול על הקטע הצפוני של הציר עד לצומת. במסגרת זו, ניתנה שהות נוספת לבעלי הזכויות להשיג על צו התפיסה. מתוך 13 בעלי זכויות בבתים שהיו צפויים להריסה על פי הצו המקורי הוגשו השגות לגבי 6 מיבנים. מיבנה אחד שנמצא כי הוא מאוכלס הוצא מגדר הצו.

בטרם תינתן הכרעה בעתירות, נתבקש מפקד האיזור על ידי בית המשפט לשוב ולבחון חלופות אפשריות אחרות לתכנית הפעולה על פי הצו המקורי במגמה להקטין את הפגיעה הצפויה בתושבי הסביבה – כגון, אטימת בתים במקום הריסתם, הצבת חיילים לצורך אבטחת הציר בעת מעבר הולכי הרגל, הפניית מתפללים לציר הליכה חלופי, וכיוצא באלה.

כשישה חודשים לאחר החלטת בית המשפט בענין זה, הודיעה המדינה, ראשית, כי נבחנו פעם נוספת חלופות אחרות למעבר רגלי של מתפללים למערת המכפלה שלא בדרך ציר המתפללים. אלה נמצאו בלתי מתאימות, בין מחמת שיש בהם

סיכון רב יותר להולכי הרגל, בין מאחר שהכשרת הדרך מחייבת פגיעה רחבה יותר בבעלי קניין, ובין מהטעם שכרוך בהם סיכון להגברת החיכוך בין ציבור המתפללים היהודי לציבור המוסלמי המגיעים לתפילה במערה. על הסיכון הרב הטמון בחיכוך כזה עמד הדין וחשבון של ועדת החקירה לענין הטבח במערת המכפלה בחברון, תשנ"ד-1994 (להלן – "דו"ח ועדת שמגר"). חסרונות אלה שללו בעיני מפקד האיזור את התאמתן של חלופות אחרות למעבר הרגלי של המתפללים למערת המכפלה בשבתות וחגים, ונותר מעבר ציר המתפללים כחלופה הסבירה ביותר מבחינת תנאי השטח והיקף האמצעים הנדרשים לצורך אבטחת האיזור.

בתנאים אלה, החליט מפקד האיזור כי אין מנוס מאבטחת ציר המתפללים עצמו כמעבר רגלי לציבור גדול של הולכי רגל וכי לצורך כך נדרש צו תפיסה. כן החליט בשיקול נוסף כי אין די בהצבת חיילים בעמדות אבטחה או באטימת בתים, ותידרש הרחבת הדרך והריסה בלתי נמנעת של מספר קטן של מיבנים. עם זאת, בשיקול נוסף, הוחלט על צמצום ניכר של היקף הפגיעה בבעלי הקניין במקום ביחס לצו התפיסה המקורי. בעוד הצו המקורי מדבר בהרחבת הדרך לרוחב כולל של 8 מטרים, על פי העמדה העדכנית די בהרחבת הדרך לרוחב כולל של 4 מטרים בלבד. רוחב זה מספק את המינימום הנדרש לצורך מעבר כלי רכב בטחוניים בכיוון חד-סטרי. אף כי לדעת מפקד האיזור, הרחבה מינימלית כזו נושאת עמה מחיר סיכון בטחוני מסוים בכך שאינה מאפשרת תנועה דו-סיטרית של רכבים בדרך, הוא נכון להסתפק כיום בהרחבה מוגבלת יותר שתאפשר נסיעה חד-סיטרית בלבד כדי לצמצם את הנזק לבעלי הקרקעות הסמוכות לכביש. צמצום שטח ההרחבה של הדרך כרוך גם בהקטנה משמעותית של מספר המיבנים הצפויים להריסה. בעוד שעל פי התכנית המקורית דובר בהריסת 13 מיבנים, כיום מתוכננת הריסה חלקית של שני מיבנים וחלק מיבנה שלישי, הניצבים בצידי הדרך כשהם נטושים. ההריסה תבוצע תחת פיקוח מקצועי כדי להגן ככל הניתן על יסודות ארכיאולוגיים חשובים ולצמצם עד למינימום את היקף הפגיעה במיבנים. כן מתוכננים אטימת פתחים במיבנים לא מאוכלסים נוספים לאורך הציר, התקנת רשתות במיבנים המאוכלסים, סלילת קטע דרך שטרם נסלל כדי לגונן מפני הטמנת מיטענים, והצבת עמודי תאורה ועמדות שמירה לאורך הציר. אשר לחלקו הצפוני של הציר, התחייבה המדינה שלא להרחיב את הדרך מעבר ל-2 מטרים משני שולי הכביש (פרוטוקול דיון מיום 23.11.03). לצורך ביצוע העידכונים האמורים לתכנית המקורית, נדרש תיקון צו התפיסה בהתאם.

עיקרו של הצו במתכונתו המצומצמת כפי שהוא עומד לבחינה בפנינו הוא, איפוא, זה: בחלק הצפוני של הציר – הרחבת הדרך להיקף של 2 מטרים מכל צד; בחלקו הדרומי של הציר – הרחבת הדרך לרוחב כולל של 4 מטרים; הריסה חלקית של שני מיבנים וחלק מיבנה נוסף; תפיסת חלקות קרקע בצידי הציר, כנדרש לצורך הרחבתו.

הכרעה

זכות הטיעון

6. בעלי הזכויות במקרקעין טוענים כי לא נשמרה זכותם להשיג בפני המפקד הצבאי על תקפות צו התפיסה בטרם הגישו את עתירתם.

על קיומה של זכות טיעון העומדת למי שעלול להיפגע ממעשה שלטוני אין איש חולק. על חשיבות זכות זו, הנטועה עמוק בשיטת המשפט המינהלי במקומנו, אין צורך להרחיב דברים. עם זאת, בנסיבות מקרה זה לא נפגעה זכות הטיעון של העותרים. הצו על פי לשונו מסדיר את פרטי פרסומו ודרכי מסירתו לבעלי הזכויות העלולים להיפגע מהוראותיו. הוראות הצו קויימו בענין זה. צו התפיסה הופץ בשטח המיועד לתפיסה, ונתלה על כל אחד מהמיבנים המיועדים להריסה. הוא נמסר לראש עיריית חברון וליועץ המשפטי של העירייה. העתקי הצו הופקדו במשרד מיפקדת התיאום והקישור בחברון ובשאר משרדיהם של הגורמים המוסמכים בצד הישראלי והפלסטיני באיזור. דבר הוצאת הצו נמסר בכלי התקשורת. מעבר לכך, נערך סיור במיתווה נשוא הצו בשיתוף גורמי הצבא ונציגי בעלי הזכויות בקרקע וניתנה שהות לאלה העשויים להיפגע להשיג על הצו בפני מפקד האיזור. עובר להגשת העתירות, לא הוגשו כל השגות בתוך פרק הזמן שנקבע לכך. במסגרת הדיון בעתירות, ניתנה שהות נוספת לעותרים להגיש השגותיהם. בשלב דיוני זה הוגשו השגות ביחס לחלק מהמיבנים שנועדו להריסה על פי התכנית המקורית. השגות אלה נבחנו על ידי המדינה. בנתונים האמורים, זכות הטיעון וההשגה של העותרים באה על סיפוקה בגדרי הליך זה.

חוקיות צו התפיסה

7. צו התפיסה שהוצא, הכורך תפיסת מקרקעין פרטיים והריסת מיבנים, מהווה פעולה משפטית הפוגעת בזכויות קנין של העותרים. יש לבחון את חוקיותה של פעולה זו בגדרי המשפט הבינלאומי, הדין המקומי והמשפט הישראלי החלים במשולב על פעולות מפקד האיזור (בג"צ 4212/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל, פד"י נו(4) 608,

609; [בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י נו\(6\) 352](#), 382).

השאלה העומדת להכרעה הינה – האם צו התפיסה במתכונתו המצומצמת עומד באמות המידה הנדרשות לענין תוקפו המשפטי, או שמא לוקה הוא בפגם המצדיק התערבות שיפוטית לביטולו או לשינויו. בבירור שאלה זו נסקור את מקורה והיקפה של סמכות מפקד האיזור להוציא את הצו הנדון; נבחן האם יש ממש בחששם של העותרים כי שיקולים זרים עומדים ביסוד הוצאת הצו; ונתחקה אחר הערכים והזכויות השונות המתנגשים בסוגיה זו – חופש הפולחן וזכות התנועה, ערך ההגנה על בטחון החיים, וההגנה על זכות הקנין הפרטי, לצורך קביעה האם אוזנו אלה מול אלה בדרך ראויה במסגרת הצו, והאם עומד הוא במבחן כללי המשפט החוקתי.

אחריותו והיקף סמכויותיו של מפקד האיזור

8. סמכויותיו השלטוניות של מפקד האיזור נובעות ממספר מקורות: כללי המשפט הבינלאומי הפומבי הנוגעים לתפיסה הלוחמתית, הדין המקומי השורר באיזור המורכב מהדין טרם התפיסה הצבאית ומחקיקה מקומית חדשה שהוחקה על ידי הממשל הצבאי, ומעקרונות המשפט הישראלי ([בג"צ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פד"י לז\(4\) 785](#), פסקה 10; [ע"א 6860/01](#) חמאדה נ' מאגר ישראלי לביטוח, תק' על' 2003(1) 506, פסקאות 7-6). בתחומי המשפט הבינלאומי חלים על פעולותיו דיני המלחמה המסדירים את תחום המותר והאסור למפקד הכח הצבאי המופקד על איזור המצוי בתפיסה לוחמתית ([בג"צ 7015/00 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י נו\(6\) 352](#), 358; [בג"צ 3286/00](#) האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל; [בג"צ 2461/01](#) כנאען נ' מפקד כוחות צה"ל; [בג"צ 393/82 אל מסתוליה נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פד"י לז\(4\) 785](#), 793). בתחום המשפט הישראלי, חלים עליו, בין השאר, כללי המשפט הציבורי, ובתוכם כללי הצדק הטבעי והסבירות המינהלית ([בג"צ 591/88 טאהה נ' שר הבטחון, פד"י מה\(2\) 45](#), 52). על התפיסה הלוחמתית של ישראל באיזור חלות הנורמות העיקריות של המשפט הבינלאומי המינהגי המעוגנות באמנת האג. השאלה באיזו מידה חלה על הענין אמנת ג'נבה לא הוכרעה סופית, אולם עקרונותיה ההומניטריים אומצו הלכה למעשה על ידי המדינה ומפקד האיזור, ולפיכך נניח כי הם חלים בענייננו (השווה פרשת אסכאן, שם, פסקה 11).

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הבטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. האוכלוסיה המקומית לענין זה כוללת את התושבים הערביים והישראלים כאחד. הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לבטחון הכח הצבאי המחזיק במקום, והשני - באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והבטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול. על פי תקנה 43 לאמנת האג, על הכח השולט בשטח מוחזק רובצת האחריות לנקוט בכל האמצעים שברשותו לשקם, ולהבטיח, אפוא, במידת האפשר סדר ציבורי ובטחון באיזור, תוך כיבוד המשפט התקף באיזור במידת הניתן. בביצוע תפקידו בשמירת הסדר והבטחון, על מפקד האיזור להבטיח, אפוא, את האינטרסים הבטחוניים החיוניים מזה, ולהגן על האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באיזור מזה (פרשת אסכאן, שם, עמ' 794). בין שני מוקדי אחריות אלה, נדרש איזון ראוי. אכן, "דיני המלחמה יוצרים, בדרך כלל, איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים מאידך גיסא" (י. דינשטיין, [סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים](#), עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 505, 509). בשיקוליו, על המפקד להתרכז בצרכיו של האיזור, ואל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח מפעיל הוא את סמכויותיו.

סמכות מפקד האיזור להוציא צווים לצרכי בטחון, ובתוכם צווים בדבר תפיסת מקרקעין, קבועה הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי. צווים אלה הם דין ביהודה ושומרון ([בג"צ 2717/96 ופא עלי נ' שר הבטחון ואח', פד"י נ\(2\) 848, 851](#); [בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י לז\(2\) 197, 230-228](#)).

תפיסת מקרקעין

9. תפיסת מקרקעין עשויה להוות צעד הכרחי במימוש סמכויותיו ואחריותו של המפקד הצבאי. היא עשויה להידרש הן למימוש צרכים צבאיים ובטחוניים והן לצורך הגשמת חובתו של המפקד להגן על אינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באיזור.

דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי אוסרים תפיסה או הריסה של רכוש פרטי בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית אלא מקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה. על פי תקנה 23(g) לאמנת האג נאסר על הכח הכובש

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

תקנה 52 לאמנת האג מורה כי לא תבוצע תפיסת קרקע בשטח מוחזק אלא לצורכי הצבא. הוראה זו פורשה בהרחבה בהלכה הפסוקה כמשתרעת גם על צרכי תפיסה לשם הקמת עמדות ומאחזים צבאיים, וכן לצרכי סלילת דרכים במטרה להגן על תושבים ישראלים המתגוררים באיזור (בג"צ 24/91 תימרו נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פד"י מה(2) 325; בג"צ 2717/96 ופא עלי, שם, עמ' 856; בג"צ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פד"י מב(2) 767).

סעיף 53 לאמנת ג'נבה אוסר מצידו על הרס כל נכס מקרקעין או מטלטלין השייך לפרט או למדינה על ידי הכח הכובש בכפוף לחריג הבא:

"except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations".

בקומנטר הפרשני של J. Pictet לאמנת ג'נבה (משנת 1958, בעמ' 302) מסביר הפרשן את טיבו של הסייג האמור באומרו:

"The prohibition of destruction of property situated in occupied territory is subject to an important reservation: it does not apply in cases 'where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations'. The occupying forces may therefore undertake the total or partial destruction of certain private or public property in the occupied territory when imperative military requirements so demand. Furthermore, it will be

for the occupying power to judge the importance of such military requirements. It is therefore to be feared that bad faith in the application of the reservation may render the proposed safeguard valueless; for unscrupulous recourse to the clause concerning military necessity would allow the occupying power to circumvent the prohibition set forth in the convention. The occupying power must therefore try to interpret the clause in a reasonable manner: whenever it is felt essential to resort to destruction, the occupying authorities must try to keep a sense of proportion in comparing the military advantages to be gained with the damage done. [ההדגשות אינן במקור]

ברוח הפרשנות האמורה, בטרם יחליט לתפוס או להרוס רכוש אזרחים בשטח מוחזק, נדרש המפקד הצבאי מכח הדין הבינלאומי להפעיל שיקול דעת קפדני ביותר. הוא רשאי לעשות כן מקום שצרכים צבאיים-בטחוניים חיוניים מחייבים זאת, וכאשר התפיסה מאזנת באורח מידתי בין חשיבותו של הצורך הצבאי לבין עוצמת הנזק הצפוי לבעל הקניין מן התפיסה. במסגרת איזון זה עליו לבחון, בין היתר, קיומן של חלופות אחרות העשויות למנוע פגיעה בזכות הפרט (פרשת תימרוז, שם, פסקה 4 ; [בג"צ 834/78 סלאמה נ' שר הבטחון, פד"י לג\(1\) 471](#)). תפיסת קניין כאמור תתכן גם במצבים קיצוניים בהם הדבר נדרש כדי לספק צרכי חיים חיוניים של האוכלוסייה המתגוררת באיזור; כך, למשל, הוכר הצורך בהפקעת מקרקעי הפרט לצורך סלילת כבישים ודרכי גישה למקומות שונים באיזור. במקרים חריגים, תתכן אף פגיעה מסוימת ברכוש הפרט לצורך מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות אחרות של אוכלוסייה המתגוררת באיזור, מקום שאלה עומדות בניגוד לזכות הקניין של הפרט במקרה נתון. אך לעולם, תנאי לתקפות משפטית של פגיעה כזו כי תעמוד במבחן האיזון הראוי הנדרש על פי אמות המידה הנוהגות במשפט החוקתי.

בצד כללי המשפט הבינלאומי, מחייבים כללי המשפט הישראלי הפנימי החלים על מפקד האיזור כי יימנע מלפגוע ברכוש תושבים באיזור אלא מקום שפגיעה כזו נועדה להשיג תכלית המצויה בגדר סמכויותיו, ומקום שצורך חיוני מחייב זאת. על

סמכותו זו, הן מהיבט המשפט הבינלאומי והן מהיבט המשפט הציבורי הישראלי, להיות מופעלת לתכלית ראויה, בסבירות ובמידתיות, תוך שקילה זהירה ומדודה בין חיוניות המטרה שיש להשיגה לבין אופי הפגיעה הכרוכה בהשגתה, והיקפה.

10. בית משפט זה מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול דעת מפקד האיזור כמי שממלא תפקיד ציבורי על פי דין. בביקורת זו, אין בית המשפט ממיר את שיקול דעת המפקד בשיקול דעתו הוא, ואין הוא שם עצמו מומחה לעניני בטחון וצבא במקום המפקד (בג"צ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פד"י כז (2) 169). גם על פי המשפט הבינלאומי ניתן למפקד הצבאי שיקול דעת נרחב להחליט בדבר מידת העוצמה של הצורך הנדרש (Hyde, International Law, 2nd ed, Vol 3, Para. 656, p. 1802). תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של הכללים המשפטיים התוחמים את שיקול דעת מפקד האיזור (פרשת עג'ור'י, שם, פסקה 30; בג"צ 619/78 אלטליעה נ' שר הבטחון, פד"י לג (3) 505, 512). נדרשת הקפדה בבחינת חוקיות הפעלת שיקול דעתו של מפקד האיזור, ובכלל זה, בהיות שיקולי פעולתו ענייניים, סבירים ומידתיים בהתחשב במכלול נסיבות הענין הנתון (בג"צ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל, פד"י מד (1) 536, 539).

מישורי הבחינה של חוקיות צו התפיסה

11. טיעוני העותרים מחייבים בחינת חוקיות צו התפיסה במתכונתו המצומצמת בשני מישורים: האחד – האם הטעם העומד מאחורי הוצאתו הינו טעם בטחוני אמיתי, או שמא המניע לכך נועד להשיג תכלית אחרת, כגון יצירת רצף טריטוריאלי בין קרית ארבע למערת המכפלה לצורך חיזוק הישוב היהודי באיזור חברון.

במישור האחר יש לבחון באיזו מידה, בהנחה כי צו התפיסה הוצא משיקולי בטחון ענייניים, עומדת החלטת המפקד במבחן האיזון החוקתי, בהתירה פגיעה ברכוש פרטי של האחד כדי לאפשר נקיטת אמצעי בטחון יחסיים שנועדו לסייע להגשמת זכות פולחן ותפילה של האחר במקום קדוש.

תכלית הצו בהגברת אמצעי בטחון ושיקולים זרים

12. על פי תפיסות יסוד של המשפט המינהלי, חייבת רשות מינהלית להפעיל את סמכויותיה על יסוד שיקולים ענייניים בלבד. עליה להתחשב בעובדות ובנתונים השייכים לענין, ובכללם בערכים ועקרונות רלבנטיים בלבד. היא מנועה מלהתחשב

בשיקול זר (בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פד"י נא(4), 1, 34; י. זמיר, הסמכות המינהלית, 1996, עמ' 2-741). השימוש בשיקול זר עשוי להביא לפסילת ההחלטה מקום שניתן להניח כי אלמלא נשקל היתה החלטת הרשות שונה (בג"צ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פד"י לד(1) 1, 20). איתור השיקולים הרלבנטיים להפעלת הסמכות נגזר מתכלית החקיקה המסמיכה (בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פד"י מז(2) 812, 824; בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ נ' שרת התקשורת, פד"י מת(5) 412, 432).

מפקד האיזור כופר בקיום מניע פוליטי סמוי להוצאת הצו, ועומד על כך כי התכנית להרחבת ציר המתפללים, תפיסת החלקות הסמוכות לציר והריסת המיבנים הכרוכות בכך, הינה חיונית לצרכי בטחון והכרחית להגנה על חיי אדם העוברים במקום.

פעולת המפקד הצבאי בהוצאת צו התפיסה עומדת בחזקת התקינות המינהלית כל עוד לא הונחה תשתית מבוססת המצביעה על ההפך. בענייננו, לא הונחה תשתית עובדתית מספקת לטענה כי שיקולו של מפקד האיזור בהוצאת הצו במתכונתו הצרה הונע ממניעים לא ענייניים וממטרה סמויה שאינה, לאמיתה, הוספת אמצעי בטחון הכרחיים בציר המתפללים. זכותם של ציבור המתפללים להגיע בהליכה רגלית מקרית-ארבע למערת המכפלה בשבת ובמועד לא נשללה. המפקד, כמי שאחראי לבטחון החיים ולסדר הציבורי באיזור, וכמי שמופקד על הגנת שלום כל תושבי המקום - יהודים וערבים כאחד – סבור כי יש חיוניות בהגברת אמצעי הבטחון בציר המתפללים כדי להגן על הולכי הרגל העוברים בו. עמדה זו מוסברת, בין היתר, על רקע מספרם הגדול של הנזקקים למעבר בציר, והסיכונים הבטחוניים הגדולים הטמונים בו נוכח מאפייניו הטופוגרפיים. עמדה זו אינה מופרכת על פניה והיא נתמכת בנסיון-עבר מר הקשור בפיועי טרור שארעו בסביבות הציר ואשר תבעו קרבנות בנפש. עמדת המפקד, על פניה, הינה סבירה כענין של הגיון ושכל ישר. לא נדרש מאמץ שכנוע רב להוכיח את דבר קיומו של סיכון בטחוני רב הנשקף ממעבר אלפי הולכי רגל באיזור המועד לפיגועי טרור שסמטאותיו צרות עד כדי כך שרכב אינו יכול לעבור בקטעים מסויימים מהן, ומבנים נטושים בצדדיהן עלולים לשמש מחסה למפגעים. נתוני שטח כאלה מצדיקים, על פניהם, נקיטת אמצעים להגברת בטחון הולכי הרגל במעבר. אין בהם כדי לתמוך בטענה כי מניע זר, סמוי, הוא שהניע את גלגלי התקנתו של הצו. שאלה נפרדת היא באיזו מידה, בהנחה שאכן מניע בטחוני הוא שניצב ביסוד הצו, עומד הוא

במבחן החוקתי בדרך האיזון שננקטה בו בין חופש הדת וזכות הפולחן של המתפללים מחד, לבין זכות הקניין הפרטי של העותרים מנגד.

איזון חוקתי: מימוש זכות התפילה והפולחן בתנאים של בטחון יחסי כנגד פגיעה יחסית בזכות הקניין הפרטי

13. עיקרו של צו התפיסה הינו בנקיטת אמצעי בטחון בציר המתפללים כדי להבטיח, ולו באופן יחסי, את חייהם של הולכי הרגל בשבתות ובמועדים. לצורך השגת מטרה זו נדרשת תפיסת מקרקעין בצידי הדרך והריסה חלקית של שני מיבנים וחלק מיבנה נוסף שהם בלתי מאוכלסים. האם בסמכותו של המפקד הצבאי להוציא צו תפיסה לצורך הגברת בטחונם של ציבור המתפללים ההולכים בציר, כדי לאפשר את מימוש זכותם להתפלל במקום קדוש בתנאים של בטחון יחסי, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בזכות הקניין הפרטי, והאם עומד הדבר במבחן חוקתי?

אחריות המפקד הצבאי לשלום תושבי האיזור

14. בצד אחריותו של מפקד האיזור להבטיח את בטחון הכח הצבאי שהוא מופקד עליו, עליו לדאוג לשלומם בטחונם ורווחתם של תושבי האיזור. חובה זו חלה עליו ביחס לכל התושבים, בלא אבחנה בדבר זהותם – יהודים, ערבים, או זרים. שאלת חוקיות ישיבתם באיזור של גורמי אוכלוסיה שונים אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת מפקד האיזור לשמור על בטחון חייהם ועל זכויות אדם שלהם. הדבר משתלב בפן ההומניטרי שבאחריות הכח הצבאי בתפיסה הלוחמתית (בג"צ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי, פד"י מא(1) 528; בג"צ 469/83 חב' אוטובוסיים מאוחדת נ' שר הבטחון; בג"צ 4363/02 זינדאח נ' המפקד הצבאי; פרשת גוסין, שם, פסקה 6). חובת המפקד לדאוג לתקינות סדרי החיים באיזור מתפרשת על כל מישורי החיים וחורגת מעבר לענייני בטחון וצרכים קיומיים מידיים. היא חלה על צרכי החיים המגוונים של התושבים, ובהם צרכי סעד, תברואה, כלכלה, חינוך, חברה וכיוצא באלה צרכים שאדם בחברה מודרנית נזקק להם. היא משתרעת גם על אמצעים הנדרשים להבטיח "צמיחה, שינוי והתפתחות" (פרשת אטכאן, שם, פסקה 26). במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האיזור, על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום, במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימות. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסיה המתגוררת במקום – יהודים וערבים כאחד. בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן,

וזכות הקנין. על מפקד האיזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הבטחון והסדר הציבורי באיזור תוך הגנה על זכויות אדם. לעיתים הגנה זו מחייבת הכרעה בין זכויות אדם נוגדות. הכרעה כזו מחייבת איזון העומד במבחן החוקתי, קרי: קיומה של תכלית ראויה ומידתיות בפגיעה בזכות האחת כדי לאפשר מימושה היחסי של הזכות האחרת. בהוציאו את צו התפיסה, ביקש מפקד האיזור להגביר את אמצעי הבטחון של הולכי הרגל בציר המתפללים בדרכם למערת המכפלה. בכך ביקש לאפשר את מימוש זכותם החוקתית לחופש דת ופולחן בתנאים של בטחון חיים, ולו יחסי. בעשותו כן, נתחייבה פגיעה יחסית בזכויות קנין פרטי של העותרים. האם האיזון שנעשה הינו ראוי ומידתי?

חופש התנועה וחופש הדת והפולחן

15. לתושבי האיזור זכות חוקתית לחופש דת ופולחן. כך הוא לגבי תושבי המקום הערביים וכך הוא לגבי התושבים הישראליים המתגוררים בו. כן נתון לתושבי האיזור חופש תנועה, באמצעותו ניתן לממש, בין היתר, את זכות הגישה למקומות קדושים. לזכות התנועה והגישה למקומות קדושים עוצמה חוקתית גבוהה (פרשת חורב, שם, עמ' 49; [בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פד"י מ\(2\) 701, 708](#); [בג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, פד"י מח\(2\) 456](#), פסקה 17). במקרה זה, חופש התנועה כרוך ומשתלב באופן הדוק בזכות למימוש חופש הדת והפולחן. הוא ערך שנועד להגשים את זכות המתפללים היהודים להגיע רגלית למערת המכפלה בשבתות ובמועדים.

חופש הפולחן כביטוי של חופש דת נמנה על זכויות היסוד של האדם. הוא משתרע על חירותו של הפרט להאמין, ולנהוג על פי אמונתו תוך מימוש ציווייה ומנהגיה ([בג"צ 1514/01 גור אריה נ' רשות שניה לטלויזיה ורדיו, פד"י נה\(4\) 267](#), 277; [בג"צ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לעניני דתות, פד"י מב\(3\) 377](#), עמ' 381; [בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פד"י נב\(5\) 481](#), 528). חופש זה קשור למימוש זהותו העצמית של האדם. בתחומי חופש זה מוכרת כמיהתו של האדם המאמין להתפלל במקום קדוש. הכרה זו משתלבת בהגנה החוקתית הרחבה הניתנת לזכות הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם ואיסור הפגיעה ברגשותיהם ביחס לאותם מקומות (סעיף 1 [לחוק השמירה על המקומות הקדושים](#), התשכ"ז-1967). חופש הדת מוחזק כענף של חופש ביטוי בתחום האמונה הדתית. הוא זכה להכרת המחוקק עוד בדבר המלך במועצה משנת 1922 (סימן 83), ובמגילת העצמאות, המצהירה כי יובטח חופש דת ומצפון לכל אזרח במדינה. חופש זה הוכר בהלכה הפסוקה כזכות יסוד חוקתית של האדם ([בג"צ 292/89 נאמני הר](#)

[הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פד"י לח \(2\) 454, 449; בג"צ 650/88 התנועה המתקדמת בישראל נ' השר לעניני דתות, פד"י מב \(3\) 381, 377; בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פד"י נא \(2\) 509, 522-3; פרשת גור אריה, שם, עמ' 276-7\).](#)

חופש הדת והפולחן נתון כזכות חוקתית לאוכלוסיה המתגוררת באיזור - יהודים וערבים כאחד. הוא מוחזק כזכות חוקתית בעלת מעמד-על אשר יש להגשימה ככל הניתן בתנאים שהמציאות בשטח מאפשרת, תוך הגנה על שלום המתפללים ובטחון-חייהם. הגברת אמצעי הבטחון על הולכי הרגל בציר המתפללים נועדה לאפשר לתושבים היהודיים למצות את זכותם החוקתית להתפלל במקום קדוש.

התפילה במערת המכפלה: זכות פולחן חוקתית של יהודים ומוסלמים

16. על פי המסורות היהודית, הנוצרית והמוסלמית, מערת המכפלה הינה מקום קבורתם של אברהם ושרה, יצחק ורבקה, יעקב ולאה, ולפי מקצת מן המסורות הלא-יהודיות – אף של יוסף. על פי המסורת, מבנה המערה ממוקם על חלקת קבר שרכש אברהם לשם קבורת אשתו, ובה נקברו לאחר מכן יתר האבות והאמהות, פרט לרחל. המחקר ההיסטורי והארכיאולוגי לא גילה בבירור מי בנה את בניין מערת המכפלה, אם כי רוב החוקרים מייחסים אותו למלך הורדוס, ומקשרים אותו לאדומים (לסקירה נרחבת בנושא זה ראו דו"ח ועדת שמגר, שם, עמ' 95 ואילך).

מערת המכפלה נתפסה כמקום קדוש ואתר פולחן כבר בתקופת המישנה, לאחר חורבן הבית. תפילת היהודים במערה מעוגנת כיום בהכרעות הדרג המדיני. כבר בשנת 1967 קיבלה הממשלה מספר החלטות בעניין חידוש התפילה היהודית במערת המכפלה בשבתות תוך קביעת הסדרים לתיאום התפילה היהודית והמוסלמית במערה, וקביעת אמצעי ביטחון נאותים להגנה על המתפללים היהודים (דו"ח ועדת שמגר, עמ' 99 ואילך), במהלך הזמן נקבע כי יהודים יהיו רשאים להיכנס למערה אף ביום שישי לפנות ערב, לצורך תפילת ערב שבת. החל בשנת 1972 נקבעו מחדש בהחלטת ממשלה איזורי התפילה במערה, והוספו שטחים ממנה לאיזורי תפילה של יהודים. התרחבות זו נבעה מגידול הישוב היהודי באיזור, והקמתה של קריית-ארבע, אשר הרחיבו את היקף המבקשים להתפלל במערה. ביום 4.8.75 התקבלה החלטת ממשלה המסדירה את דרכי

הכניסה והיציאה למערה ואת חלוקת זמני התפילה במיתחמים השונים במגמה להקטין את החיכוך בין המתפללים היהודים למתפללים המוסלמים.

במהלך השנים, לוו התפילות במערה, מדי פעם, בחיכוכים אלימים בין יהודים וערבים, אשר הגיעו לעיתים אף לפגיעות בנפש משני הצדדים. שיאם של עימותים אלה ארע בטבח במערת המכפלה בשנת 1994 בו נרצחו עשרות מתפללים מוסלמים. ההכרה במערה כאתר קדוש ליהודים ולמוסלמים כאחד, הביאה את הממשלה והצבא, בתיאום עם הנציגים המוסלמיים, לקבוע הסדרים שיאפשרו מימוש זכות התפילה במערה למבקשים זאת, מוסלמים ויהודים כאחד. בתוך כך, נקבעו סידורי אבטחה החותרים לפיצול המועדים ומקומות התפילה בין מאמיני שתי הדתות, מתוך כוונה להבטיח כי זכויות התפילה הבסיסיות של שני הצדדים יישמרו (דו"ח ועדת שמגר, עמ' 107 ואילך). לאחר הטבח במערת המכפלה, המליצה ועדת החקירה לשמר את סדרי התפילה במערה לבני שתי הדתות תוך הקפדה יתירה על הפרדה פיזית בין יהודים ומוסלמים לצרכי בטחון, ותיגבור אמצעי הביטחון שנועדו להגן על מתפללים משתי הדתות מפני פיגועים של אלה באלה.

עיקר מסקנות ועדת שמגר נגע בסדרי התפילה והאבטחה הנדרשים במתחם המערה עצמו. ענייננו משתלב בכך במובן זה שהוא עוסק בהיבטים הקשורים באבטחת המתפללים היהודים בדרכם אל המערה, כחלק ממימוש זכותם לחופש פולחן במקום קדוש. אולם ההנחה היא כי חופש הדת והפולחן אינו חופש מוחלט אלא יחסי בלבד. יש לאזן בינו לבין זכויות וערכים אחרים הראויים להגנה, ובהם ערך הקניין הפרטי (הנשיא ברק, פרשת נאמני הר הבית, שם, עמ' 455; [ברק, פרשנות במשפט, כרך ג'](#), עמ' 225). על רקע זה עולה השאלה האם הצורך להבטיח את שלומם של המתפללים מצדיק נקיטת אמצעים הכוללים תפיסת מקרקעין והריסת בתים הנתונים לקניין הפרט.

זכות הקניין

17. זכות הקניין הפרטי בקרקעות ובמיבנים נשוא צו התפיסה הינה זכות חוקתית מוגנת. היא מוכרת במשפט הבינלאומי, ובכלל זה באמנת האג ובאמנת ג'נבה. היא זכתה למעמד חוקתי בישראל בסעיף 3 [לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) (בג"צ [2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פד"י נה\(2\) 625, 712, 716](#); [ע"א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ובנייה נ' הולצמן, פד"י נה\(4\) 629, 641](#)). זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה (פרשת גוטיין, שם, פסקה 4). לזכות הקניין מתלווה מישקל-יתר

מקום שמדובר בבית מגורים של אדם (רע"א 214/88 טוויל נ' הרב יהושע דויטש, פד"י מד(3) 752, 754). במקרה זה אין מדובר בבתי מגורים מאוכלסים משהמיבנים המיועדים להריסה ננטשו לפני שנים. מדובר במיבנים בעלי ערך ארכיאולוגי אשר ראוי להגן על ערכם ההיסטורי (בג"צ 270/87 קנדו נ' שר הבטחון, פד"י מג(1) 738, 742). על מפקד האיזור חלה חובה מכח כללי המשפט הבינלאומי, ובתוכם אמנת האג להגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזויין, 1954, לשמור על אוצרות תרבות בשטח כבוש, ובכללם נכסים בעלי ערך ארכיאולוגי. עליו לפעול בענין זה על פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי.

זכותו של אדם לקנין אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. היא חשופה לפגיעה מקום שנדרש לקדם מטרת חברתיות ראויות אחרות, ובהן קידומן של זכויות יסוד חוקתיות אחרות של הזולת (פרשת עג'ורי, שם, עמ' 365). מה היקף הפגיעה המותר בזכות הקנין כזכות חוקתית בהתמודדות זכויות כזו?

איזון דו-שלבי: שלב ראשון - חופש דת ופולחן מול ערך ההגנה על בטחון החיים;
שלב שני - חופש פולחן מול ערך ההגנה על קנין פרטי

18. עימות בין זכויות חוקתיות סותרות הוא לרוב עימות ישיר וחזיתי המצריך פעולת איזון ושיקלול חד-שלבי. אולם, לעיתים, העימות מורכב יותר, ועשוי לכרוך לא רק ניגוד בין זכויות אדם חוקתיות אלא גם עימות בינן לבין ערך חברתי כללי אחר – כגון ערך השמירה על שלום הציבור ובטחונו, המשתלב בנסיבות הענין אל תוך מערכת האיזונים הנדרשת. במקרה כזה, עשוי לעלות צורך באיזון דו-שלבי בין הזכויות והערכים כדי להכריע בשאלה אם מעשה המינהל עומד באמות המידה החוקתיות. המקרה שלפנינו ממחיש את האפשרות האחרונה. הוא מעמיד תחילה את השאלה מהי דרך האיזון הראויה בין זכות המתפללים לממש את חופש התפילה במקום קדוש לבין ערך בטחון החיים שמפקד האיזור מופקד על שמירתו. אם במסגרת איזון זה נמצא כי בנסיבות מקרה נתון לא יתכן איזון ראוי כלשהו בין חופש הפולחן לבין ערך בטחון החיים, כי אז גובר הערך האחרון וזכות הפולחן נסוגה מפני חשיבות ערך החיים. לעומת זאת, אם נמצא כי ניתן בנסיבות ענין מסוים לאזן בין הזכות החוקתית האמורה לבין ערך בטחון החיים על ידי נקיטת אמצעי בטחון מוגברים, כי אז עולה שאלה שניה – האם פגיעה בזכות חוקתית אחרת כגון זכות הקנין הפרטי, הנדרשת בגידרם של אותם אמצעים, עומדת בכללי האיזון החוקתי בעימותה כנגד זכות התפילה במקום קדוש.

שלב ראשון באיזון: זכות הפולחן מול ערך בטחון החיים

19. מימוש זכות חוקתית עלול לכרוך סיכון לשלום הציבור ובטחונו. בגדר סיכון כזה נכלל גם סיכון לשלומו ובטחונו של מי שמבקש לממש את הזכות החוקתית. קיים אינטרס ציבורי מובהק בשמירת הסדר והבטחון החברתי. זהו תנאי הכרחי להבטחת חיים וקיום אנושי. ההגנה על בטחון החיים היא תנאי למימוש זכויות הפרט ולפיכך הגנה זו גוברת בחשיבותה על הזכות החוקתית, מקום שקימת הסתברות ראויה, במובן "ודאות קרובה", כי מימוש הזכות עלול להביא לפגיעה קשה בשלום הציבור (הנשיא ברק בבג"צ 292/83 נאמני הר הבית, פד"י לח (2) 449, 454). אינטרס הציבור בהגנה על בטחון החיים משפיע על תחום התפרשותה של הזכות החוקתית ויחסיותה באשר לערכים אחרים. מקום שמימושה של הזכות החוקתית יביא בוודאות קרובה לפגיעה קשה בשלום הציבור, תיסוג הזכות החוקתית מפני שלום הציבור (בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פד"י מח (2) 456, 472). כך נקבע לאורך שנים ביחס לזכות התפילה של היהודים בהר-הבית בירושלים, משנמצא כי מימושה הלכה למעשה עלול להביא במידת וודאות קרובה לפרץ מהומות רחב ממדים, העלול לצאת מגדר שליטה, הן בארץ והן מחוצה לה.

אולם קיומו של סיכון לסדר ולבטחון הציבור הצפוי ממימוש הזכות החוקתית אינו מצדיק בכל מקרה שלילה מוחלטת של מימושה. יש לפעול, ככל הניתן, לאיזון ראוי בין צרכי ההגנה על בטחון הציבור לבין הערך הטמון במימוש הזכות החוקתית, על ידי יצירת תשתית אמצעים אשר יקטינו את ההסתברות לפגיעה. הצורך והיכולת שבאיזון כזה ניוונים, מחד, מעוצמת הזכות החוקתית של הפרט, ומנגד, ממתחם האמצעים הנתונים בידי הרשות המוסמכת לענות לצרכי הסדר ובטחון הציבור, הנדרשים כתנאי מוקדם למימוש הזכות החוקתית.

חופש הדת הינו בגדר זכות יסוד חוקתית של הפרט, בעלת מעמד בכורה גם ביחס לזכויות אדם חוקתיות אחרות. חופש הפולחן מהווה ביטוי לחופש דת, והוא ענף של חופש הביטוי. "אדם מבטא עצמו בתחום האמונה הדתית באמצעות הפולחן הדתי" (דברי השופט זמיר בפרשת תנועת נאמני הר הבית, שם, עמ' 3-522). ההגנה החוקתית הניתנת לחופש הפולחן דומה, איפוא, ביסודה להגנה הניתנת לחופש הביטוי, ונוסחת האיזון החוקתית ההולמת את האחת ישימה אף לאחרת (בג"צ 292/83 נאמני הר

הבית, שם, עמ' 456). מדובר בזכות חוקתית בעלת עוצמה גדולה שמשקלה רב במערך האיזונים כנגד ערכים חברתיים נוגדים.

מקום שמימוש זכות הפולחן יוצר וודאות קרובה להתרחשות נזק חמור וכבד לשלום הציבור ואין פתרון להתנגשות כזו בשימוש באמצעים סבירים שירחיקו את הסכנה, כי אז יגבר ערך שלום הציבור והזכות החוקתית תיסוג מפניו (ברק, פרשנות במשפט, כרך ג', עמ' 6-225). אולם מקום שקיימים אמצעים סבירים כאלה שיש בהם כדי להמעיט מסכנת הפגיעה, אפשר ויש להיזקק להם, במיוחד מקום שכנגדם עומדת זכות חוקתית בעלת משקל מיוחד. וכך, ככל שעוצמת הזכות החוקתית רב יותר במידרג הזכויות, כן גובר הצורך במיצוי אמצעים סבירים קיימים וזמינים שבאמצעותם ניתן להקטין את הסכנה לשלום הציבור.

המתפללים המבקשים להגיע למערת המכפלה בהליכה רגלית בשבת ובמועד מבקשים לממש זכות חוקתית לחופש פולחן במקום קדוש. זכות זו היא בעלת חשיבות ומשקל מיוחד במידרג הזכויות החוקתיות. כנגד מימוש זכות זו, עומד אינטרס הציבור בהבטחת בטחונם ושלומו של המתפללים במעברם בציר המתפללים מפני סכנת פיגועים המאיימת עליהם במישרין. אחריותו של מפקד האיזור הינה להבטיח את הציר ואת ההולכים בו מפני סכנה האורבת לחיי אדם. כדי לענות על אינטרס הבטחון כאמור, עמדו בפני המפקד שתי חלופות אפשריות: לאסור כליל את המעבר הרגלי של מתפללים מקרית ארבע למערה בשבתות ובחגים, או להתיר מעבר זה, תוך נקיטה באמצעים שונים שיגבירו את בטחון האיזור. בהינתן עוצמתה החוקתית של זכות התפילה במקום קדוש, ראה המפקד להתיר את המעבר תוך נקיטה באמצעי בטחון מוגברים. איזון זה, על פניו, עומד במבחן הסבירות. שאלה אחרת היא האם אמצעי הפגיעה בקנין הפרטי לצורך השגת התכלית האמורה עומד במבחן החוקתי.

שלב שני באיזון: זכות הדת והפולחן מול זכות הקנין הפרטי

20. יתכנו מצבים בהם תתכן פגיעה יחסית בזכות חוקתית אחת כדי לאפשר מימושה של זכות חוקתית אחרת בתנאים שיבטיחו שמירה יחסית על בטחון החיים. הדבר מותנה באיזון היחסי של הזכויות החוקתיות אלה מול אלה, על רקע נסיבות הענין. איזון זה מחייב, לעיתים, הגדרה מושגית של הזכויות החוקתיות על פי מידרג חשיבות ועוצמה כדי לבחון האם לזכות האחת בכורה ועליונות על רעותה, או שמא הן שוות-חשיבות ומעמד. יש ובחינה מושגית זו מתייתרת מקום שנמצא כי איזון שנעשה

הלכה למעשה עונה אף לאמות המידה החוקתיות הנדרשות לצורך איזון בין זכויות חוקתיות שהן שוות מעמד ודרגה זו לזו.

בנסיבות המיוחדות של ענין זה, אין צורך לנקוט עמדה מכרעת באשר למידרג המושגי בין זכות הפולחן לזכות הקנין לצורך הכרעה בשאלה כיצד לאזן ביניהם במקרה של עימות. בנתוני המקרה הקונקרטי, האיזון ביניהם עומד במבחן החוקתיות (בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של המשטרה, פד"י לח (2) 393, 400). גם אם נניח לצורך הענין כי מדובר בזכויות חוקתיות שוות-מעמד וחשיבות, גם אז באיזון האופקי ביניהן תתכן לעיתים גריעה מסוימת של האחת כדי לאפשר את מימושה היחסי של האחרת. גריעה כזו עומדת במבחן החוקתיות אם היא הולמת ערכי חברה מקובלים, נועדה לתכלית ראויה, והיקפה אינו עולה על הנדרש – ברוח עקרונות פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עקרונות אלה מקשרים כיום בין חוק היסוד לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי (פרשת חורב, שם, עמ' 43-41). הם משקפים נוסחת איזון כללית המניחה כי בין זכויות חוקתיות שוות מעמד אין לתת הגנה מלאה לזכות האחת על חשבון פגיעה מלאה בזכות האחרת, אלא יש לחתור לקיומן בצוותא תוך אפשרות גריעה הדדית מהן.

מן הכלל אל הפרט:

21. על מפקד האיזור מוטלת האחריות לבטחון הכח הצבאי בשטח הנתון לפיקוחו בצד דאגה לסדר, לבטחון, ולרווחת התושבים החיים בו. בראש סדר העדיפות באחריות לאוכלוסיית האיזור עומדת החובה לדאוג לשלומם ובטחון חייהם של התושבים. בכלל אחריותו של המפקד מצויה לא רק החובה לדאוג לבטחון החיים אלא גם האחריות להגן על זכויות אדם של כלל תושבי המקום, ערביים וישראליים כאחד. על זכויות האדם החוקתיות הראויות להגנה נמנית הזכות לחופש דת ופולחן. בתחומי זכות זו מבקשים התושבים היהודיים לתת ביטוי לאמונתם בתפילה במערת המכפלה, המהווה מקום קדוש ליהדות. מימוש זכותם זו בשבת ובמועד מחייב הליכה רגלית מקרית ארבע בואכה מערת המכפלה. הסיכון מפיגועי טרור ותנאי השטח מחייבים, כתנאי למעבר רגלי כזה, קיומם של תנאי סף מינימליים של בטחון והגנה על המתפללים מפני פגיעה. תנאים אלה מחייבים נקיטת אמצעים מיוחדים לשם כך. מימוש אמצעים אלה כרוך בפגיעה בזכות הקנין הפרטי של תושבי המקום הערביים שקרקעותיהם מצויות לאורך הציר. זכות הקנין של תושבים אלה אף היא בעלת מעמד חוקתי מוכר.

בהוציאו את צו התפיסה, ביקש מפקד האיזור לאזן איזון מידתי בין הזכויות החוקתיות הנוגדות במטרה לאפשר מימוש זכות התפילה במקום קדוש בתנאי בטחון יחסי להולכים בדרך.

כל החלופות האפשריות למהלך רגלי של המתפללים, פרט לציר המתפללים, נבחנו, ונמצא כי כל חלופה אחרת כרוכה בעלויות כבדות הרבה יותר מבחינת סיכונים בטחוניים למתפללים ופגיעה ונזק צפויים לתושבי המקום. משציר המתפללים נמצא כחלופה העדיפה, הגביל מפקד האיזור עד למינימום אפשרי את הפגיעה בקנין הפרטי בצידי הדרך. בחלק הצפוני הוא צמצם את הרחבת הדרך ל-2 מטרים מכל צד. בחלק הדרומי של הציר הוא צמצם את ההרחבה לרוחב דרך כולל של 4 מטרים. הרחבה זו תאפשר רק נסיעה חד סטרית של רכב הצלה, להבדיל מאפשרות תחבורה דו-סטרית שנשקלה קודם לכן. צמצום זה מקטין את הפגיעה בקניין מצד אחד, ומעמיד את אמצעי הבטחון לציבור המתפללים על מינימום הכרחי בלבד, מצד שני. כל המיבנים נשוא צו התפיסה הינם נטושים מאדם. בית אחד שנמצא מאוכלס הוצא מגדר צו התפיסה ותוואי הדרך שונה בעטיו. הקטנת שטח ההרחבה של הדרך הדרומית מצריכה כיום הריסה חלקית של שני מיבנים וחלק מיבנה נוסף שאינם מאוכלסים מזה שנים רבות. ההריסה אינה כרוכה בפינוי בני אדם מבתיהם. מסגרת ההריסה אמורה להיות מפוקחת על ידי גורמים מקצועיים בתחום שימור בנינים וארכיאולוגיה במטרה להגן במידת האפשר על ערכים תרבותיים-היסטוריים של הסביבה. לבעלי הקנין זכות לדמי שימוש ופיצויים בגין התפיסה וההריסה. צו התפיסה מוגבל בזמן. מקום שישתנה המצב הבטחוני וישרור שקט במקום, ההנחה היא כי הצו לא יוארך וקנין שנתפס וניתן להחזירו יוחזר לבעליו.

האיזון בין הזכויות החוקתיות המתמודדות אינו קל ואינו מובן מאליו בנסיבות ענין זה. הוא כורך היבטים של זכויות לביטוי אנושי על דרך מימוש אמונה דתית ופולחן מול זכויות וערכים שעניינם קשר לאדמה ולקנין; מעל לכל אלה, ניצב ערך כללי של אחריות לבטחון חיי אדם. נקודת שווי המשקל בין מכלול גורמים אלה אינה קלה לאיתור. עם זאת, בסופו של יום נראה כי צו התפיסה במתכונתו הצרה עומד במבחן החוקתיות, באזנו איזון יחסי בין הזכויות החוקתיות. הוא מאפשר מימוש זכות הפולחן תוך מתן הגנה יחסית לבטחון המתפללים, המתאפשרת מצידה על ידי פגיעה מוגבלת בהיקפה בזכות הקנין הפרטי הנוגדת, שפיצוי כספי בצידה. הוא אינו סותר ערכים מקובלים בחברה, הוא נעשה לתכלית ראויה, ואין הוא חורג מן המידתיות

הנדרשת. אילו נמנע מפקד האיזור מפגיעה יחסית בזכויות הקניין פירוש הדבר היה מניעת אמצעי בטחון חיוניים להבטיח את ההולכים בציר. אילו כך היה, היה הדבר עשוי לחייב שלילה מוחלטת של זכות המתפללים להגיע למערה בשבתות וחגים מחשש להעדר אמצעי בטחון מספיקים להבטחת שלומם. שלילה כזו היתה מהווה פגיעה אבסולוטית ובלתי ראויה בחופש הפולחן להתפלל במקום קדוש ופגיעה קשה בחופש התנועה והגישה הנדרש לצורך מימוש חופש הדת. לחלופין, הדבר עשוי היה לגרור התרת הליכתם של המתפללים בציר בלא אמצעי בטחון מיוחדים הנדרשים בנסיבות הענין, תוך הגברת הסיכון המידי לשלומם ולחיייהם של גברים, נשים וטף העוברים בדרך, לעיתים באלפיהם. חלופות אלה יוצרות קושי רב בצידן. על רקע זה, שימורה של זכות הפולחן בתנאים של הגנה יחסית על בטחון המתפללים, תוך פגיעה יחסית, שצומצמה עד למינימום, בזכויות קניין של בעלי זכויות לאורך הציר, עומדת בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה בתנאי האיזון החוקתי בדרך שאינה חורגת ממידת הסבירות.

אי לכך, איני מוצאת עילה להתערב בשיקול דעתו של מפקד האיזור בהוצאת צו תפיסה במתכונתו הצרה, על פיה עתיד הצו להיות מתוקן.

תוצאה

22. על יסוד הדברים האמורים, אציע לחברי לדחות את העתירות ולהכיר בתוקפו של צו התפיסה במתכונתו הצרה כפי שפורט בהודעת המדינה הכתובה מיום 7.8.03, ובדברי באת כח המשיבים בדיון בבית המשפט ביום 23.11.03 באשר לממדי הרחבת הציר בחלקו הצפוני. רשמנו לפנינו את הודעת המשיבים כי יוצא צו מתקן לצו התפיסה המקורי ברוח הודעות המדינה הנזכרות.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"א באדר תשס"ד (4.3.04).

א' ברק 54678313-10356/02

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א

ת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 02104970_R15.doc

מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)