

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 413/13

בג"ץ 1039/13

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים בבג"ץ 413/13: 1. מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם ו-107 אח'
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 1039/13: 1. מחמוד יונס ו-142 אח'

נגד

המשיבים:

1. שר הבטחון
2. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

המבקשת להצטרף:

המועצה הכפרית מסאפר יטא

התנגדות למתן צו מוחלט

תאריך הישיבה:

י"ב באדר ב התשפ"ב (15.3.2022)

בשם העותרים בבג"ץ 413/13: עו"ד דן יקיר; עו"ד רוני פלי

בשם העותרים בבג"ץ 1039/13: עו"ד שלמה לקר

בשם המשיבים: עו"ד יצחק ברט

בשם המבקשת להצטרף: עו"ד נטע עמר-שיף

ספרות:

יצחק זמיר [הסמכות המינהלית](#)

מיכאל בר זוהר [בן גוריון](#)

דפנה ברק-ארז [משפט מינהלי](#)

חקיקה שאזכרה:

צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009: סע' 318

צו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תשל"ל-1970 - רבדים - מבוטל: סע' 90, צו בדבר הוראות ביטחון

חוק העתיקות, תשל"ח-1978

תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945: סע' 125

מיני-רציו:

* דינן של העתירות להידחות הן על הסף והן לגופו של עניין. לא רק שהעתירות לוקות בשיהוי כבד ובהיעדר ניקיון כפיים, גם לא עלה בידי העותרים להוכיח את טענתם למגורי קבע עובר להכרזה על שטח האש.

* תכנון ובנייה – בנייה ללא היתר – בשטח שנתפס בצו לצרכים בטחוניים

* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – מפקד צבאי

* משפט מינהלי – בגץ – שיהוי

* משפט מינהלי – בגץ – חוסר ניקיון כפיים

* דיון אזרחי – בעלי-דין – ידיד בית-המשפט

עתירות המתמקדות בהכרזה משנות ה-80 של המאה הקודמת על שטח של כ-30,000 דונם המצוי דרומית-מזרחית לכפר יטא שבדרום הר חברון כשטח צבאי סגור, הידוע כשטח אש 918. לטענת העותרים חל איסור על המשיבים לפנות אותם מהשטח וזאת בהתבסס על הוראת סעיף 318 לצו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 כמו גם כללי המשפט הבינלאומי, האוסרים על פינויו של "תושב קבע" משטח שהוכרז כשטח סגור. במוקד הדיון טענת העותרים כי בתחומי שטח האש התקיימה במשך שנים התיישבות חקלאית מסורתית כאשר מבני ציבור ומגורים שהוקמו במקום, חרף ההכרזה על שטח האש כשטח צבאי סגור, מהווים המשך ישיר של אותה התיישבות מסורתית. מנגד, לטענת המשיבים לא עלה בידי העותרים להוכיח כי הם או אבותיהם התיישבו בשטח ישיבה של קבע קודם להכרזתו כשטח צבאי סגור.

בג"ץ (מפי השופט ד' מינץ, בהסכמת השופטים י' עמית וע' גרוסקופף) דחה את העתירות על הסף ולגופן מהטעמים הבאים:

הדיון בעתירות נעשה בשני מסלולים מקבילים: האחד, המשפטי, התמקד בתוקפם של צווי הסגירה שהוצאו ביחס לשטח אש 918, דהיינו בשאלה האם ניתן היה בשעתו (קרי, החל מ-1980) לאסור על כניסה ויציאה מהשטח על מנת לייעדו לשימושים צבאיים; השני, המעשי, עסק בניסיונות להגיע לפשרה שתאפשר שימושים אזרחיים בתנאים ובמועדים שונים בצד השימושים הצבאיים. ברם העותרים דחו את הצעות הפשרה פעם אחר פעם ולכן לא היה מנוס מחזרה למסלול המשפטי.

דין העתירות להידחות ולו בשל השיהוי הכבד שנפל בהגשתן. ממועד ההכרזה הראשונה בשנת 1980 ועד לשנת 1997 (אז הוגשו העתירות הראשונות שעסקו בצווי פינוי שהוצאו למבנים בשטח האש) לא ננקטו הליכים משפטיים כלשהם בקשר להכרזה על שטח האש. 192 מהעותרים בעתירות דכאן, לא היו כלל צד להליכים הקודמים. כלומר, פנייתם הראשונה לבימ"ש זה הייתה רק בשנת 2013. מדובר בשיהוי הן במישור האובייקטיבי לאור משך הזמן הרב שחלף עד הגשת העתירות, והן במישור הסובייקטיבי, המתייחס לנזקים הראייתיים המשמעותיים ביותר שהיו עלולים להיגרם למשיבים; אין בפי העותרים כל טענה המצדיקה שיהוי זה.

דין העתירות להידחות אף מחמת היעדר ניקיון כפיים מוחלט של העותרים. לעותרים, אשר לא צירפו מסמך כלשהו על פיו יש להם זכויות קנייניות באדמות שבשטח האש, הוצאו צווי פינוי מהשטח. ברם, הבינוי בתחום שטח האש הלך וצבר תאוצה, בפרט בשנים האחרונות. הכל בחסות צווי ביניים שהוצאו במשך השנים שאסרו על המשיבים להעביר את העותרים ממקומם, וחרף הסכמת הצדדים במסגרת הליך הגישור להקפאת מצב הבנייה והשהות בשטח למשך תקופת הגישור. פעולה של עשיית דין עצמי ובקשה למתן סעד מן הצדק, אינן יכולות לדור יחדיו בכפיפה אחת.

דין העתירות להדחות גם לגופם של דברים. נקודת המוצא היא כי המפקד הצבאי מוסמך להכריז על שטחים סגורים ולאסור את הכניסה אליהם ללא היתר. מדובר בסמכות רחבה שנועדה לשרת אינטרסים ביטחוניים צבאיים, ובכלל זה תיחום שטחי אימונים לצורך הכשרת לוחמים ושמירה על כשירותם. בפסיקת בימ"ש זה הובהר כי בעלים או מחזיקים במקרקעין שלגביהם ניתן צו סגירת שטח נדרשים לפנות למפקד הצבאי לקבלת רישיונות כניסה לשטח. זכויות קנייניות בשטח סגור אינן מקנות כשלעצמן זכות כניסה אליו.

ראשית, ביהמ"ש דוחה את טענות העותרים כי הפעלת סמכות מכוח סעיף 318 לצו בדבר הוראות הביטחון עומדת בסתירה חזיתית להוראות המשפט הבינלאומי, ובכלל זה ובעיקר להוראות אמנת ג'נבה הרביעית.

בהמשך לכך, ולאחר עיון בתשתית הראייתית נקבע כי לא עלה בידי העותרים להוכיח את טענתם למגורי קבע עובר להכרזה על שטח האש. מסקנה זו נשענת על צילומי אוויר שהוגשו ע"י שני הצדדים, המלמדים כי ערב ההכרזה על שטח האש, לא היו מגורים קבועים בגבולותיו, לעומת המבנים הרבים שהתווספו בשטח במהלך השנים; קיומם של אימוני תקיפה מהאוויר שנערכו על ידי חיל האוויר עובר למועד ההכרזה על שטח האש ועד לשנת 1993; דיווחי פעילות יחידת הפיקוח וגורמים נוספים בין השנים 1980 ועד 2000. מן העבר השני, חוות הדעת עליהן מסתמכים העותרים אינן מסייעות להם. כ"כ, אין בהפניה לספרו של חבקוק כדי לסייע לעותרים.

ביהמ"ש דוחה את בקשת ההצטרפות להליך של "המועצה הכפרית מסאפר יטא" ומוסיף הרבה למעלה מן הצורך כי לא עלה בידי העותרים להוכיח את טענתם למגורי קבע עובר להכרזה על שטח האש. זאת אף לא בראי הראיות החדשות שהתבקש להוסיפן על דרך של "בקשה להצטרף".

לסיום ביהמ"ש מציין כי עדיין לא ננעלו שערי הפשרה וההידברות. גם כיום, המשיבים נכונים להתיר לעותרים להיכנס לשטח האש לצורך עיבוד חקלאי ומרעה בסופי שבוע ובחגי ישראל, שאז לא מתקיים אימונים בשטח, וכן כניסה לשטח האש למשך שתי תקופות של חודש בכל אחת מדי שנה, בעונות הזריעה והקציר.

פסק-דין

השופט ד' מ'נ'ן:

העתירות שלפנינו מתמקדות בהכרזה משנות ה-80 של המאה הקודמת על שטח של כ-30,000 דונם המצוי דרומית-מזרחית לכפר יטא שבדרום הר חברון (בחלק מאזור המכונה "מסאפר יטא") כשטח צבאי סגור, הידוע כשטח אש 918 (להלן: שטח האש או השטח).

1. בתחילה, הוכרז שטח האש בחלקו הצפון-מערבי בהיקף של כ-15,000 דונם, במסגרת צו סגירה 8.6.1980 'ס/2/80 מיום 8.6.1980 (כפי שכוונה בזמנו: "שטח אש 4", או "שטח אש 924") והוא סווג כשטח אימונים "ללא אש". ביום 12.11.1982 תוקנה ההכרזה, כך שצורף לשטח זה אזור נוסף, דרומית-מזרחית לו, וזאת במסגרת צו סגירה 8.5/82 'ס/5/82. בשנת 1993 שונה סיווגו של שטח האש ל"שטח אימונים באש שטוח מסלול עד 1,500 רגל", ובהמשך אותה שנה סווג כ"שטח אש תלול מסלול". על רקע החתימה על הסכם הביניים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית בשנת 1995, הוצא בשנת 1999 צו הכרזה חדש לשטח האש (צו סגירת שטח מס' 6/99 'ס/6/99), אך לא חל שינוי בגבולות השטח.

2. בתמצית שבתמצית, בטבורה של המחלוקת בין הצדדים עומדת טענת העותרים כי בתחומי שטח האש התקיימה במשך שנים התיישבות חקלאית מסורתית כאשר מבני ציבור ומגורים שהוקמו במקום, חרף ההכרזה על שטח האש כשטח צבאי סגור, מהווים המשך ישיר של אותה התיישבות מסורתית. מנגד, לטענת המשיבים לא עלה בידי העותרים להוכיח כי הם או אבותיהם התיישבו בשטח ישיבה של קבע קודם להכרזתו כשטח צבאי סגור. כפי שניווכח להלן, מחלוקת זו ניטשת בין הצדדים מזה עשרות שנים. בין הצדדים התנהלו הליכים משפטיים קודמים העומדים ברקע להליך שלפנינו, על חלקם נעמוד בקצרה להלן.

הרקע העובדתי והליכים קודמים

3. כאמור, בשנת 1980 הוכרז שטח האש כשטח צבאי סגור, ובמשך שנות ה-80 וה-90 של המאה שעברה הוא שימש לאימוני יחידות שונות של צה"ל, לרבות חיל האוויר. כפי שמתואר בתצהיר התשובה מטעם המשיבים, החל משנות ה-80 לאחר ההכרזה על שטח האש ועד שנת 2000, המינהל האזרחי פעל לאכיפת הצו המכריז על השטח כשטח צבאי סגור.

4. לצד פעולות האכיפה האמורות לסילוק מבנים קבועים משטח האש, נוהלו מגעים בין הגורמים המקומיים לבין שלטונות הצבא בכל הנוגע לשהייה במקום לצרכי מרעה וחקלאות, אך לא למגורי קבע. לבסוף, גובש מתווה פשרה עם חלק מהשוהים בתחומי השטח, במסגרתו הותרה אליו כניסת חקלאים ורועי צאן בזמנים בהם לא מתקיימים אימונים, בעיקר בסופי שבוע ובחגי ישראל. המשיבים אף היו נכונים להימנע מלקיים אימונים במשך שתי תקופות בנות חודש כל אחת מדי שנה, כדי לאפשר

זריעה וקציר בשטח ולצרכי מרעה. מתווה פשרה זה, שאסמכתאות שונות לקיומו צורפו לעמדת המשיבים, נעשה אל מול נציג השוהים בקרקע, עו"ד אליאס ח'ורי (להלן: מתווה ח'ורי). יצוין כי העותרים שלפנינו טוענים כי ככל שאכן נקבע מתווה מוסכם כאמור בין הצדדים, הרי שהם לא היו צד לאותו הסכם והוא איננו מחייב אותם.

5. מכל מקום, מכיוון שההסכמה בין הצדדים הייתה מתוחמת רק לשהות במקרקעין לצרכי מרעה וחקלאות בזמנים מוגדרים של השנה, המשיכו המשיבים לפעול לסילוק עבודות בינוי ופלישה לשטח. בשנת 1997 הוגשו שלוש עתירות לבית משפט זה שעסקו בצווי פינוי שהוצאו למבנים המצויים בשטח ([בג"ץ 6754/97](#); [בג"ץ 6798/97](#); [בג"ץ 2356/98](#)). בעתירות אלו הוצאו צווי ביניים המונעים את פינוי העותרים באותן עתירות (החלטה מיום 16.11.1997 [בבג"ץ 6754/97](#); החלטה מיום 18.11.1997 [בבג"ץ 6798/97](#); החלטה מיום 10.4.1998 [בבג"ץ 2356/98](#)). בעתירות אלה טענו העותרים (חלקם נמנה על העותרים בענייננו) ובדומה לטענות העותרים בהליך שלפנינו, כי הם מתגוררים דרך קבע באזור שטח האש והתגוררו בו עוד קודם למתן צו סגירת השטח.

6. בדומה לעמדת המשיבים לפנינו, גם באותה פרשה שללו המשיבים קיומם של מגורי קבע בתחומי השטח עובר להכרזה עליו כשטח צבאי סגור. המשיבים אף הבהירו כי בידיהם ראיות לפיהן חלק מהעותרים מתגוררים דרך קבע בכפרים מוכרים בסביבה, וכי שהותם בתחומי שטח האש נעשתה בעבר, אם בכלל, לצרכי מרעה וחקלאות בלבד. יחד עם זאת, המשיבים היו נכונים להרחיב את אפשרות כניסת העותרים לשטח האש עוד מעבר למה שנקבע במתווה ח'ורי. לפיכך, הציעו לעותרים כי תותר להם כניסה לשטח האש בימים בהם לא מתבצעת פעילות מבצעית בשטח (כ-120 ימים בשנה), בכפוף לתיאום מוקדם ובאישור רשויות הצבא. כל זאת, תוך שמירת זכויות וטענות מי מהעותרים, במקרים בהם נשללה מהם יכולת משמעותית לרעות או לעבד אדמה בתחומו. בהתאם לכך ביום 5.8.1999 נמחקו אותן עתירות בהסכמה.

בעקבות מחיקת העתירות בוצעו במהלך חודשים אוקטובר-נובמבר 1999 פעולות פינוי והריסה על-ידי יחידת הפיקוח של המינהל האזרחי (להלן: יחידת הפיקוח). לטענת המשיבים, ביום 14.12.1999 נערך סיור בשטח וממצאיו היו כי שטח האש ריק מאדם.

7. אולם בכך לא תמה הדרך. בשנת 2000 הוצאו צווים נוספים לפינוי פלישה לשטח האש וכנגד הוגשו שתי עתירות נוספות שעסקו בצו סגירת שטח האש כמו גם בצווי הפינוי שהוצאו במהלך שנה זו ([בג"ץ 517/00](#) ו-[בג"ץ 1199/00](#); [פורסם בנבו] להלן: העתירות הקודמות). העותרים באותן עתירות טענו כי חרף ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים, חל איסור על המשיבים לפנות אותם מהשטח. זאת בהסתמך על הוראות [סעיף 318](#) לצו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: [צו בדבר הוראות ביטחון; יצוין כי בשעתו עמד בתוקף צו בדבר הוראות ביטחון \(יהודה והשומרון\) \(מס' 378\)](#), התש"ל-1970 (צו בדבר הוראות ביטחון משנת 1970), אשר קבע בהוראה 90 שבו הסדר זהה לזה הקבוע כיום [בסעיף 318](#) לצו בדבר הוראות ביטחון). לטענת העותרים שם, טענה הניצבת אף במוקד העתירות שלפנינו, הוראות הסעיף האמור כמו גם כללי המשפט הבינלאומי, אוסרים על פינוי של "תושב קבע" משטח שהוכרז כשטח סגור. במסגרת העתירות הקודמות טענו חלק מהעותרים כי הם מתגוררים בשטח האש באופן קבוע וכי הם בעלי קניין פרטי בקרקע; אחרים טענו שהם מתגוררים בו רק בחלק מהשנה, במגורים עונתיים; ויתר העותרים טענו כי הם עושים בו בעיקר שימוש חקלאי שאיננו כולל מגורים.

בתגובה לעתירות הקודמות, עמדו המשיבים על הצורך הביטחוני בשימוש בשטח האש לצורך אימונים, על השימוש החקלאי והארעי שנעשה בשטח על ידי מי מהעותרים, ועל היעדרה של התיישבות קבע בתחומי שטח האש.

8. ביום 29.3.2000 נערך דיון לפני בית משפט זה בעתירות הקודמות. בסיומו של הדיון הורה בית המשפט על מתן צו ביניים המורה על הקפאת המצב בשטח כדלקמן:

"עד להחלטה אחרת בענין יישמר הסטטוס קוו כפי שהיה קיים ערב הוצאת הצווים. לעותרים (בעתירה 1199/00) – עד כמה שהם שוהים מחוץ לשטח – יתאפשר לחזור אליו לצרכי מרעה ומגורים לצרכי מרעה, כפי שהדבר נעשה בעבר. כן יתאפשר הדבר לעותרים 4-1 בעתירה 517/00."

9. העתירות הקודמות נדונו במשך עשור במהלכו הופנו הצדדים לגישור אשר לא צלח, התקיימו מספר דיונים ונעשו ניסיונות נוספים להסדרת המחלוקת מחוץ לכותלי בית המשפט. ביום 20.7.2012 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המשיבים בה צוין כי לאחר שהעניין הובא לפני משיב 1, הוחלט כי שהיית קבע של העותרים תתאפשר

בחלקו הצפון-מערבי של שטח האש, אשר יתקיימו בו אימונים "יבשים" בלבד, אך לא תתאפשר שהיית קבע ביתרת השטח. לצד האמור, נקבע כי יתאפשר לעותרים להיכנס לשטח האש לצורך עיבוד חקלאי בתקופות שבהן לא מתקיימים אימונים (סופי שבוע וחגי ישראל). המשיבים אף היו נכונים להעמיד לרשות העותרים שתי תקופות נוספות מדי שנה, בנות חודש כל אחת, לצורך עיבוד חקלאי ומרעה. על רקע האמור ביום 7.8.2012 נמחקו העתירות כיוון שהן מיצו את עצמן, תוך שמירת טענות הצדדים בעניין.

העתירות שלפנינו

10. בסמוך לאחר מחיקתן של העתירות הקודמות, ביום 16.1.2013 הוגשה העתירה בבג"ץ 413/13 וביום 7.2.2013 הוגשה העתירה בבג"ץ 1039/13, הן העתירות שלפנינו. בשתי העתירות נטען כי על המשיבים להימנע מלפנות בכפייה את העותרים ובני משפחותיהם משטח האש, להסדיר את מגוריהם של העותרים בתחומו בהתאם לחובתם של המשיבים לפי דיני התפיסה הלוחמתית וכן לנמק מדוע לא יבוטל צו סגירת שטח האש מס' 99/6 ס'. כמו כן, ביום הגשת העתירה בבג"ץ 413/13 הוגשה גם בקשה לצו ביניים, ובאותו היום ניתן צו ביניים ארעי על פיו המשיבים יימנעו מלפנות בכפייה את העותרים ובני משפחותיהם מבתיהם אשר בשטח האש. ביום 14.3.2021 נקבע כי צו הביניים הארעי יחול גם על העותרים בבג"ץ 1039/13.

11. ביום 2.9.2013 התקיים הדיון הראשון בעתירות, והוצע לצדדים לפנות להליך גישור. לאחר שהצדדים הסכימו להצעה, ביום 24.10.2013 הועבר הדיון לגישור לפני כב' השופט (בדימ') זמיר. כפי שצוין בתצהיר התשובה מטעם המשיבים, במסגרת הליך הגישור הצדדים הסכימו להקפאת מצב הבנייה והשהות בשטח למשך תקופת הגישור (אשר לטענת המשיבים, לא כובד על ידי השוהים במקום). ביום 1.2.2016 הודיעו הצדדים כי הליך הגישור לא צלח, ועל כן חזר הדיון להתנהל לפני בית משפט זה. ביום 11.1.2017 הוצא בעתירות צו על תנאי, אשר הובהר כי "אין בו כדי להצביע על נטיה מצדנו לפתרון בינארי" תוך שצוין כי ראוי שהצדדים יגיעו לפשרה מוסכמת. חלפו להן השנים ללא התקדמות משמעותית בהליך עד אשר ביום 24.2.2021 הוגשה בקשת "המועצה הכפרית מסאפר יטא" להצטרף להליך במעמד של ידיד בית משפט. ביום 15.3.2022 התקיים לפנינו דיון נוסף בהתנגדות למתן צו מוחלט בו נדונה גם בקשת ההצטרפות.

12. לשלמות התמונה יצוין כי נגד צווי פינוי, הריסה והחרמה שניתנו למבנים שונים שהוקמו בשטח האש ולשוהים בתחומו, במהלך השנים ננקטו הליכים משפטיים שונים נוספים, מקבילים לענייננו (ראו למשל: [בג"ץ 1514/20](#) עווד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (30.6.2020); [בג"ץ 7590/19](#) דבאסה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית [פורסם בנבו] (17.11.2019); [בג"ץ 5296/18](#) אלדבאסה נ' היחידה המרכזית לפיקוח באיו"ש [פורסם בנבו] (19.7.2018); [בג"ץ 805/05](#) עוואד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (17.9.2013); וכן עתירות מינהליות התוקפות החלטות של לשכת התכנון במינהל האזרחי שלא לאשר תכניות הנוגעות לבנייה בתחומי שטח האש: [עת"מ \(מינהליים י-ם\) 57023-12-19](#) חושיה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.3.2020); [עת"מ \(מינהליים י-ם\) 53731-11-19](#) דבאסה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית [פורסם בנבו] (26.1.2020). כמו כן, במקביל להליך שלפנינו הוגשה עתירה אחרת בעניין צווי הפסקת עבודה שהוצאו לעשרות מבנים שהוקמו בשטח האש על ידי העותרים באותה עתירה (על חלקם נמנים העותרים שלפנינו) ([בג"ץ 5901/12](#); [פורסם בנבו] להלן: עתירת צווי ההריסה). עתירה זו נמחקה ביום 28.12.2020 לאור ההשפעה שעשויה להיות להכרעה בהליך שלפנינו על אותו עניין. בתוך כך, באותה עתירה ניתן ביום 11.1.2017 צו ביניים אשר הורה על "הקפאה מותנית" של אותם צווי הפסקת עבודה שניתנו, תוך שהודגש שהדבר מותנה בכך "שלא תיעשה כל בניה שהיא במושאי צווי ההריסה או בסמוך להם. ככל שהתנאי האמור לא יקוים, לא תעמוד ההקפאה בעינה, וצו הביניים ייבטל מאליו". בהמשך, ביום 14.6.2020 צומצם צו הביניים המותנה ביחס למבנים המפורטים באותן עתירות.

טענות הצדדים

13. טענתם המרכזית של העותרים בשתי העתירות (כאשר הטענות יובאו להלן במשולב) היא כי ההכרזה על שטח האש איננה חוקית ודינה בטלות. בבסיס עמדתם עומדת הטענה העובדתית לקיומה של התיישבות רציפה של מתיישבים ממשפחות העותרים באזור שטח האש במשך עשרות שנים קודם להכרזה עליו כשטח צבאי סגור. לטענתם הם הוכיחו זיקה ברורה להתיישבות בשטח האש, בשל מגורים בשטח במשך רוב ימות השנה.

14. לטענת העותרים, כ-12,000 דונמים משטח האש, לכל הפחות, הם מקרקעין בבעלות פרטית, ואילו רק כ-5,600 דונמים מהשטח הם אדמות מדינה מוכרזות. ההתיישבות החקלאית-המסורתית באזור הייתה אמנם בתחילה עונתית בלבד, אולם

במרוצת השנים ובטרם ההכרזה על שטח האש, הפכה ההתיישבות במקום לקבועה. העותרים מתבססים בהקשר זה על הספר "חיים במערת הר חברון" שנכתב בשנת 1985 על ידי מר יעקב חבקוק (להלן: חבקוק); על חוות דעת מאת גב' שולי הרטמן, אנתרופולוגית חברתית; על חוות דעת מאת פרופ' גדעון קרסל, שהוגשה במסגרת העתירות הקודמות; וכן על תצלומי אוויר שונים.

15. לעמדת העותרים ההכרזה על שטח האש אינה עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, תוך שהם מפנים בין היתר להוראת סעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית) האוסרת על העברה בכפיה של אוכלוסייה מוגנת השוהה בשטחים התפוסים בתפיסה לוחמתית. ההכרזה גם עומדת בניגוד להוראת סעיף 43 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה הנספחות להסכם האג הרביעי משנת 1907, המטיל חובה על המפקד הצבאי להתחשב בצרכיה של האוכלוסייה המוגנת. כמו כן, התנאי הקבוע [בסעיף 318](#) לצו בדבר הוראות ביטחון, המסייג פינוי משטח סגור כלפי מי שהוא "תושב קבוע", אינו קיים בדין הבינלאומי. זאת שכן על פי הדין הבינלאומי די בכך שהשטח הסגור מהווה "מרכז חייהם" של התושבים המוגנים, כדי למנוע את פינויים. לטענת העותרים עלה בידם להוכיח ברמה מספקת כי הם בעלי זכויות בחלקים מהמקרקעין שלגביהם הוכרז הצו בעניין שטח האש, כאשר העובדה כי ההכרזה על השטח נעשתה שלא בדרך של חרמה, הפקעה או תפיסה, שהם ערוצים המאפשרים העברת משאבים פרטיים לרשות גורם צבאי, מלמדת על אי-חוקיות ההכרזה ועל התנערות המשיבים מן החובות והמגבלות המוטלות עליהם על פי דין. כן נטען כי פעולות המשיבים גורמות לפגיעה בזכותם לקניין פרטי, בחופש התנועה, בזכותם לפרנסה, מדור ומחסה, באופן בלתי מידתי ובלתי סביר. נוסף על כך, המשיבים לא הוכיחו קיומו של צורך צבאי מובהק בשימוש בשטח האש דווקא, כאשר מחסור כללי בשטחי אימונים לצרכים צבאיים אינו מצדיק כשלעצמו פינויים של תושבים רבים מבתיים באופן המנתק אותם ממקור פרנסתם ומחייהם החברתיים.

16. בנוסף על האמור, אין מקום לבחון את השאלה האם התקיימה התיישבות קבועה בתחומי שטח האש החל משנת 1980. יש לראות רק את הצו האחרון, שהוצא בשנת 1999, כצו שמכוחו תובעים המשיבים סמכות להורות על פינויים של מי שאינם תושבי קבע. בשל כך, נוכח העובדה כי אף לעמדת המשיבים במהלך שנות ה-80 וה-90

של המאה הקודמת שהו מתיישבים שונים בשטח באופן קבוע, אין ספק כי עוד בטרם מתן הצו, התקיימה התיישבות קבועה בתחומי שטח האש.

17. לעתירתם צירפו העותרים תצלומי אוויר אשר לטענתם עולה מהם, כמו גם מתצלומי אוויר שצירפו המשיבים, כי התקיים רצף התיישבותי בכפרים עוד לפני שנת 1967, ואף ניתן לראות את מעבר המתיישבים במקום משיבה ארעית במערות ליישוב קבע "מעל פני הקרקע". עוד לטענתם, תצלומי אוויר מאוחרים יותר מהשנים 1985 ו-1999 שהציגו המשיבים, אינם יכולים להעיד על אופי ההתיישבות במקום, אם כישוב קבע או כישוב ארעי, כיוון שבתקופה זו האזור היה שומם לחלוטין עקב הריסת המבנים במקום ופינוי המתיישבים, וזאת עד לשנת 2000 עת הוצא צו הביניים על ידי בית משפט זה.

18. עוד נטען כי המשיבים לא פעלו כנדרש לבירור שאלת זיקת המגורים של העותרים לשטח האש ואף נהגו שלא בתום-לב, תוך הימנעות מבחינת מעמד זכויות הקניין הפרטי של המתיישבים במקרקעין ומבחינת חלופות שפגיעתן פחותה.

19. המשיבים מנגד טענו כי דין העתירות להידחות הן על הסף והן לגופן. טרם ההכרזה על שטח האש בשנת 1980, נעשתה עבודת מטה ממושכת ובדיקה מקיפה שהעלתה כי לא היו מגורים קבועים בשטח האש באותה עת. בכל התקופה משנת 1980 ועד לשנת 1997 לא הוגשה כל עתירה בעניין שטח האש לבית המשפט. מדובר בשיהוי ניכר אשר גרם נזק ראייתי משמעותי ביותר. אמנם עבודה מאומצת של המשיבים הובילה למציאת מסמכים רבים מאותה תקופה, אולם חלק מהמסמכים הרלוונטיים אבדו עם הזמן ולא ניתן להשיגם. אין כל ספק שאילו היו העותרים מתגוררים באופן קבוע בשטח האש, הם היו יודעים על ההכרזה בסמוך למועד שבו היא ניתנה. השתהות בת שני עשורים מהווה בנסיבות אלו עילה לדחיית העתירות על הסף. מובן מאליו שטענה זו נכונה במיוחד כלפי 192 מהעותרים אשר כלל לא היו שותפים לעתירות הקודמות. בנוסף, דין העתירות להידחות על הסף אף מחמת אי גילוי עובדות רלוונטיות. ביחס למרבית העותרים קיים מידע פוזיטיבי השולל את טענתם כי הם מתגוררים באופן קבוע בשטח האש. כך, לחלק מהעותרים יש בתים קבועים בכפר יאטה וחלקם הצהירו במסגרת העתירות הקודמות שהם אינם תושבים קבועים בשטח האש. בנוסף, מבלי שהדבר צוין בעתירות שלפנינו, חלקם היו צדדים לעתירות הקודמות שנמחקו לאור הערות בית המשפט. בהינתן העובדה שחלק גדול מהעותרים לא פירטו

בעתירות את מלוא העובדות הרלוונטיות הנוגעות אליהם, דין העתירות להידחות על הסף גם בשל כך.

20. בנוסף, דין העתירות להידחות על הסף גם בגין היעדר ניקיון כפיים של העותרים. במסגרת העתירות הקודמות שמרבית העותרים היו צד להן, ניתן צו ביניים שנותר על כנו במשך כעשור. על פי צו הביניים נאסרה על העותרים בנייה נוספת בשטח האש, אולם בשנים שלאחר הוצאת צו הביניים הם הפרו אותו פעמים רבות חזור ושנה. העותרים בנו מבני קבע רבים ללא היתר, ביניהם בורות מים, מבני שירותים, בתים, בתי ספר, מסגד ומבני קבע נוספים. בנוסף, נכנסו לשטח במשך השנים אנשים רבים שלא היו צד לעתירות הקודמות אשר ניצלו את המצב לקביעת "עובדות בשטח" באמצעות בנייה בלתי חוקית. השוואת תצלומי האוויר מהשנים הרלוונטיות מלמדת כי עד לשנת 2000 לא הייתה בניית קבע בתחום שטח האש, ומאז שנת 2000 החלה תופעה רחבת היקף של בניית מבני קבע ללא היתר. חוסר ניקיון הכפיים של העותרים אף מתעצם נוכח התנהלותם מאז הוגשו העתירות הנוכחיות, שכן הבנייה בתחום שטח האש התגברה והתעצמה מאז שנת 2013.

21. לגוף העתירות נטען כי לא עלה בידי העותרים להראות כי הופרו הוראות הדין בכל הנוגע להכרזה על שטח האש כשטח צבאי סגור. ההכרזה על שטח האש עולה בקנה אחד עם דיני התפיסה הלוחמתית שבמשפט הבינלאומי, וכן עם הדין החל באזור וכללי המשפט המינהלי להם כפוף המפקד הצבאי. העותרים לא היו תושבי קבע בשטח האש עובר להכרזה על סגירת השטח. ההכרזה על שטח האש נועדה לצרכי אימוני צה"ל, כאשר קיים בכך צורך חיוני ביותר ולא נמצא שטח אחר הזוהה לו בטיבו. התיישבותם של העותרים בשטח האש נעשתה כאמור לאחר סגירת השטח ובניגוד לדין, ועל כן לא מתקיימות הוראות הדין המבקשות להגן על "תושב קבע" שצפוי להיפגע מסגירת שטח. גם ההגנות מתחום המשפט הבינלאומי אינן מתקיימות בנסיבות אלו. לביסוס הטענה בדבר העדר התיישבות קבע בשטח האש עובר להכרזה, הפנו המשיבים לתצלומי אוויר של שטח האש שצולמו בין השנים 1967-2000; לספרו של חבקוק ממנו עולה כי באזור שטח האש לא היו מגורים קבועים אלא עונתיים בלבד; ולתצהירו של פרופ' משה שרון מהמכון ללימודי אסיה ואפריקה בפקולטה למדעי הרוח באוניברסיטה העברית בירושלים, על פיו התיישבות בריכוזי המערות והח'רבאות נעשתה רק בתקופת החורף, למשך פרק זמן של מספר חודשים. המשיבים גם הצביעו על כך שכמה מהח'רבאות המוזכרות בעתירות ככאלה המשמשות כמגורים, משמשות

כאתרים ארכיאולוגיים עוד מימי המנדט הבריטי ומוטלות הגבלות על השימוש במקרקעין בהם הן מצויות מכוח [חוק העתיקות](#) הירדני משנת 1966. גם מהעובדה שבשטח האש התקיימו עד לשנת 1993 אימוני מטוסי חיל האוויר שכללו גם ירי חי ועבודות בינוי וסלילה של מטרות מעידה על כך שלא היו במקום מגורים קבועים.

22. יצוין כי חרף האמור, בשולי תשובתם הציגו המשיבים מתווה במסגרתו יותר לעותרים לשהות בשטח האש לצורך עיבוד חקלאי ומרעה בתקופות שבהן לא מתקיימים אימונים, ולהשתמש במקרקעין במשך חודשיים נוספים במהלך השנה לצרכי עיבוד חקלאי. העותרים מנגד הבהירו כי אין מקום למתווה המאפשר פינויים עיתיים לטובת אימונים באש חיה אשר יגרמו להם סבל רב ואין להתיר אימונים כלל באזור שטח האש.

23. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 15.3.2022 חזרו המשיבים וטענו כי לאחר בירור ובדיקה נוספים באשר לנחיצות השימוש בשטח האש, עבודת מטה שנערכה מעלה כי מדובר בשטח שהנחיצות בו היא חד-משמעית. המשיבים עמדו עוד על קיומן של עילות הסף לדחיית העתירות ובעיקר ניצול הליכי משפט לרעה בהמשך הבניה בשטח בחסות צווי ביניים שניתנו בהליכים השונים. מנגד, במהלך הדיון טענו העותרים בין היתר, כי אין הרבה מקום לספק כי נחיצות שטח האש איננה מוחלטת, זאת בהתייחס גם לבקשות הארכה הרבות שהוגשו במשך השנים על ידי המשיבים; כי שטח האש אינו משרת את צרכי הצבא באזור יהודה ושומרון כי אם לכל היותר צרכים צבאיים כלליים של מדינת ישראל; וכי אין מקום להעלאת טענות סף לאחר שניתן צו על תנאי בעתירות.

דיון והכרעה

24. 9 שנים חלפו מאז הוגשו העתירות שלפנינו. בחלוף השנים הוגשו כתבי טענות, בקשות ומסמכים שונים, והתקיימו מספר דיונים בהם נשמעו טענות הצדדים בעל-פה. כן נעשו ניסיונות לגשר בין הצדדים באופן שייתר את ההכרעה בעתירות. אולם משאלה העלו חרס, ומשהונחה לפנינו התשתית המלאה הנדרשת, הגיעה עת ההכרעה. אקדים אחרית לראשית ואציין כי דעתי היא כי דין העתירות להידחות, הן על הסף והן לגופן.

25. תחילה באשר לטעמי הסף. יש ממש בטענות המשיבים כי דין העתירות להידחות ולו בשל השיהוי שנפל בהגשתן. בהקשר זה ייאמר ראשית, כי אין בסיס

לטענת העותרים כי איסור הכניסה לשטח חל רק מעת שניתן הצו בשנת 1999. כאמור לעיל, ביום 8.6.1980 הוצא צו סגירה ס'2/80 בו הוגדר השטח הצפון-מערבי כ"סגור לצרכי הצו בדבר הוראות בטחון", כאשר הכניסה אליו נאסרה למעט לחייל או לשוטר לצורך מילוי תפקידם או למי שבידו "תעודת היתר". טענות העותרים, שנטענו ללא כל ביסוס, כי אין מדובר בתקופה לגביה היה קיים איסור כניסה לשטח המוכרז באותה עת, אינן ממן העניין. כמו כן, ממועד ההכרזה הראשונה בשנת 1980 ועד לשנת 1997 (אז הוגשו העתירות הראשונות שעסקו בצווי פינוי שהוצאו למבנים בשטח האש) לא ננקטו הליכים משפטיים כלשהם בקשר להכרזה על שטח האש. על כך יש להוסיף כי כפי שציינו המשיבים, 192 מהעותרים לפנינו לא היו כלל צד להליכים הקודמים. כלומר, פנייתם הראשונה לבית משפט זה הייתה רק בשנת 2013. העתירות לוקות אפוא בשיהוי מובהק, ארוך ומשמעותי. מדובר בשיהוי הן במישור האובייקטיבי, בחלוף תקופת זמן משמעותית ביותר מאז שננקטו הליכים כלשהם, וודאי ההליכים שלפנינו תוך שהעותרים שקטו על שמריהם במשך שנים ארוכות; והן במישור הסובייקטיבי, המתייחס לנזקים הראייתיים המשמעותיים ביותר שהיו עלולים להיגרם למשיבים. על הסיכון להיווצרותו של נזק ראייתי, שהוא סיכון מהותי ורב-משמעות, נאמר בעניין [ע"מ 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.טי ניהול ואחזקה בע"מ](#) [פורסם בנבו] (28.12.2014):

"ככל שהזמן עובר מסמכים נוטים להיעלם; זיכרונות מתעמעמים; ופקידים ששימשו בתפקיד במועדים הרלוונטיים אינם זמינים לעדות. הואיל ופקידי ציבור מטפלים בנושאים מגוונים ובעניינים רבים, חלוף הזמן מגביר את הסיכון שזכרונו של בעל התפקיד הרלוונטי שטיפל בנושא העתירה יתעמעם והעובדות ישתכחו ממנו. פתיחה בהליך שיפוטי בחלוף זמן קצר ככל האפשר ממועד היווצרות העילה מביא לידיעת הרשות ונציגיה כי נפתח הליך משפטי, ומאפשר לה לברר את העובדות עם בעלי התפקיד לפני שזיכרונם יקהה [...]" (שם, פסקה 25).

ובהמשך:

"הצורך בהגבלת המועד להגשת הליך משפטי בזמן חיוני לתפקודם של הרשויות ושל בתי המשפט, שכן אם לא תוטל הגבלה, משמעות הדבר היא שניתן יהיה להביא לבירור כל מחלוקת שהתעוררה אי-פעם ובכל עת. תוצאה זו עלולה לשתק את מערכת המשפט והיא פוגעת באינטרס הציבור במובנו הרחב. נזקים עקיפים

אלה מצטברים יחדיו – בבחינת "תורת המספרים הקטנים" – לנזק לא מבוטל [...] ומובילים למסקנה כי הידרשות לעתירה לאחר שחלף זמן רב ממועד היווצרות העילה גורם כשלעצמו נזק לאינטרס הציבורי. ודוקו: אף שחלף הזמן כשלעצמו אינו עולה כדי שיהוי אובייקטיבי המצדיק לדחות עתירה [...], הגשת עתירה באיחור ניכר פוגעת כשלעצמה באינטרס הציבורי. מובן עם זאת כי אין בשיקול זה כדי להכריע את הכף לבדו, והוא לעולם יאוזן כנגד השיקולים האחרים המתחרים בו" (שם, ההדגשות במקור).

ואכן, בנסיבות כגון דא ונוכח השיהוי הקיצוני, בירורן של הטענות שמועלות בעתירות, בעיקר בהתייחס לשאלה העובדתית המרכזית אם התגוררו העותרים מגורי קבע בתקופה הרלוונטית, היינו עובר לשנת 1980, הופך להיות קשה מאוד (למרות שכפי שנראה להלן, המשיבים עמדו בכבוד במשימתם חרף נקודת הפתיחה הנחותה בה ניצבו). מה גם, אין בפי העותרים כל טענה המצדיקה שיהוי זה. למותר לציין כי אין במשך הזמן שחלף מאז הגשת העתירות כדי לרפא את השיהוי שדבק בהגשתן. השיהוי נמדד ביחס לחלוף הזמן שבין מועד היווצרות העילה לבין מועד הגשת העתירה לקבלת הסעד, שהרי לאחר מועד זה הרשות מודעת לקיומו של ההליך המשפטי באופן המאפשר לה לברר את הדברים. העובדה שחלף זמן רב מאז הגשת העתירות ועד ההכרעה בהן, אף אם אינה נוחה, אין בה אפוא כדי ליטול את העוקץ מהשיהוי העמוק שדבק בעתירות.

26. זאת ועוד, אין הרבה מקום לספק כי דין העתירות להידחות אף מחמת היעדר ניקיון כפיים מוחלט של העותרים. לעותרים, אשר לא צירפו מסמך כלשהו על פיו יש להם זכויות קנייניות באדמות שבשטח האש, הוצאו צווי פינוי מהשטח. העותרים חסו תחת כנפיהם של צווי ביניים שהוצאו במשך השנים אשר אסרו על העתקתם מהשטח. זאת החל משנת 1997, כאשר הוגשו העתירות הראשונות לבית משפט זה על ידי חלק מהעותרים שלפנינו, ובהמשך וביתר שאת לאחר הגשת העתירות הקודמות ולאחר שניתנו במסגרתן צווי ביניים נוספים. חלק מצווי הביניים שניתנו בהליכים אחרים אף הותנו במפורש בכך שתושבי המקום (חלקם נמנים על העותרים שלפנינו) לא ינקטו פעולות להמשך הבניה הבלתי חוקית במקום (למשל: צו ביניים שניתן בבג"ץ 805/05 [פורסם בבנו] מיום 17.2.2005; צו ביניים שניתן בעתירת צווי ההריסה ביום 11.1.2017 והבהרה מיום 14.6.2020). ברם, הבניה בשטח (שאין צורך לומר כי היא בניה בלתי חוקית וללא היתר בהיעדר התכנות תכנונית בשטח האש), התגברה בשנים האחרונות.

ענין זה כלל אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים. על פי העותרים עצמם, לאחר פינוי תושבי הכפרים בשנת 1999 הם חזרו בשלהי שנת 2000 להתיישב במקום וזאת "בעקבות צו הביניים של בית המשפט הנכבד בעתירות הראשונות" (פסקה 16 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים בבג"ץ 413/13; לעיקרי טיעון אלה מפנים גם העותרים בבג"ץ 1039/13). **הבינוי בתחום שטח האש הלך וצבר תאוצה. הכל בחסות צווי ביניים שאסרו על המשיבים להעביר את העותרים ממקומם, וחרף הסכמת הצדדים במסגרת הליך הגישור להקפאת מצב הבינוי והשהות בשטח למשך תקופת הגישור. אולם פעולה של עשיית דין עצמי ובקשה למתן סעד מן הצדק, אינן יכולות לדור יחדיו בכפיפה אחת** (ראו גם: [בג"ץ 7013/21](#) אבו זיתון נ' ראש המינהל האזרחי, פסקה 7 [פורסם בנבו] (18.11.2021); [בג"ץ 2652/21](#) מושקוביץ נ' שר הביטחון, פסקה 7 [פורסם בנבו] (1.6.2021); [בג"ץ 3246/17](#) אבו טיר נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 27 [פורסם בנבו] (11.6.2019)). על כגון דא נאמר זה מכבר:

"חייב אדם להחליט בלבבו אם מבקש הוא סעד מבית-משפט או אם עושה הוא דין לעצמו. שני אלה בה-בעת לא יעשה אדם, דהיינו: בית-משפט לא יושיט סעד למי שבמקביל לפנייה לבית-המשפט עושה דין לעצמו ומבקש להעמיד את זולתו בפני עובדות מוגמרות" ([בג"ץ 8898/04](#) ג'קסון נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש [פורסם בנבו] (28.10.2004)).

27. צווי ביניים נועדו להקפיא את המצב הקיים ולמנוע שינוי לרעת אחד הצדדים בעוד ההליך תלוי ועומד (ראו למשל: [בג"ץ 1754/19](#) תנועת "התעוררות בירושלים" נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו] (18.9.2019)), אך לא לשפר את מצבו של מבקש הצו. לפיכך, טענת העותרים, כי לא ניתן לצפות שהחיים במקום "יעמדו מלכת", או בלשונו של בא-כוח העותרים בדיון לפנינו: "החיים חזקים יותר מכל צו ביניים", לא פחות ממקוממת. צו הביניים נועד למנוע מהמשיבים לפנות את השטח, וברי שאינו יכול לשמש ככסות ואצטלה להרחבת והעמקת בניה בלתי חוקית ושנויה במחלוקת. ולא למותר לציין כי מן העבר השני, המשיבים מצדם מילאו אחר צו הביניים ככתבו וכלשונו וכן נמנעו מלקיים אימונים באש חיה בשטח האש במשך השנים, וזאת בין היתר נוכח מבנים רבים שהוקמו בתחומי שטח האש חרף צווי הביניים שניתנו.

28. בהקשר זה יש גם לומר כי אין לקבל את טענת העותרים לפיה אין מקום לשעות לעילות סף משניתן צו על תנאי בעתירות. משמעותו של צו על תנאי היא שמתן הסעד נגד המשיבים הוא "על תנאי", היינו מושעה עד לקבלת תשובה (דפנה ברק-ארז [משפ](#)).

מינהלי כרך ד 436 (2017)). "צו על תנאי אינו אלא רשות הניתנת על ידי בית המשפט להתחיל בהתדיינות, כלומר, להעביר את העתירה אל הרשות המינהלית ולהזמין אותה לתת תשובה לטענות שבעתירה" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1646 (2014)). על כן, אין פגם בבחינת טענות סף כבר לאחר שניתן צו על תנאי בעתירה (ראו למשל דיון בטענות סף לאחר מתן צו על תנאי, מיני רבים: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 545-546 (2006); בג"ץ 2988/15 עואודה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (18.12.2016); בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר, פסקאות פה-פה [פורסם בנבו] (13.6.2017) (שם אף הועלתה על ידי העותרים הטענה כי עילות הסף התייתרו)).

29. דין העתירות להידחות אפוא אך בשל האמור לעיל. אולם, משהגענו עד הלום, ולאור גלגוליהן של העתירות עד כאן, ראיתי לנכון להתייחס גם לגופם של דברים, ובעיקר לסוגיה העיקרית העומדת בבסיס העתירות.

30. נקודת המוצא היא כי המפקד הצבאי מוסמך להכריז על שטחים סגורים ולאסור את הכניסה אליהם ללא היתר. סמכות זו מעוגנת בתקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 ובהוראת סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון (יוער כי הגם שלעניינינו רלוונטית הוראת סעיף 90 לצו בדבר הוראות הביטחון משנת 1970 שעמד בתוקף בעת הרלוונטית, מדובר כאמור בהוראות זהות ועל כן מטעמי נוחות נתייחס לסעיף העומד בתוקף כיום). מדובר בסמכות רחבה שנועדה לשרת אינטרסים ביטחוניים צבאיים, ובכלל זה תיחום שטחי אימונים לצורך הכשרת לוחמים ושמירה על כשירותם. בפסיקת בית משפט זה הובהר כי בעלים או מחזיקים במקרקעין שלגביהם ניתן צו סגירת שטח נדרשים לפנות למפקד הצבאי לקבלת רישיונות כניסה לשטח. זכויות קנייניות בשטח סגור אינן מקנות כשלעצמן זכות כניסה אליו (ראו: ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל, פסקה 40 [פורסם בנבו] (28.4.2010)).

31. אין לקבל את טענות העותרים כי הפעלת סמכות מכוח סעיף 318 לצו בדבר הוראות הביטחון עומדת בסתירה חזיתית להוראות המשפט הבינלאומי, ובכלל זה ובעיקר להוראות אמנת ג'נבה הרביעית (וראו באשר לשאלת תחולתן של האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם באזור יהודה ושומרון: בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון [פורסם בנבו] (3.2.2005); בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל, פסקה 20 [פורסם בנבו]

(5.4.2011); [בג"ץ 769/02](#) הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 548 (2007-2006). על כן, גם אם נניח כי יש לבחון את פעולות המפקד הצבאי באזור בהתאם להוראות האמנה "המנהגיות", אין חולק כי כאשר הוראת חוק מפורשת בחוק הישראלי עומדת מול כללי המשפט הבינלאומי, הדין הישראלי מכריע ([בג"ץ 785/87](#) עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35 (1988); [בג"ץ 253/88](#) סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 815 (1988); [בג"ץ 2690/09](#) "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית – אלוף גד שמני, פסקה 6 [פורסם בנבו] (28.3.2010). כך גם, בית משפט זה הכיר זה מכבר בסמכותו של המפקד הצבאי להורות על סגירת שטח, וזאת כנגזרת מכללי התפיסה הלוחמתית, סמכות אשר יונקת את שורשיה בין היתר מן החובה לדאוג לשלומה וביטחונה של האוכלוסייה בשטח. כך למשל צוין [בבג"ץ 9593/04](#) מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844 (2006):

"אזור יהודה ושומרון מוחזק על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית ואין מחלוקת כי המפקד הצבאי, המופקד מטעם מדינת ישראל על האזור, מוסמך להורות בצו על סגירת השטח כולו, או כל חלק ממנו, ובכך למנוע כניסה או יציאה של אנשים מהשטח הסגור. סמכות זו של המפקד הצבאי נגזרת מכללי התפיסה הלוחמתית, על פי המשפט הבינלאומי הפומבי, ומחובות המפקד הצבאי לדאוג לשלום תושבי האזור, לביטחונם ולסדר הציבורי באזור (ראו: סעיף 23(g) וסעיף 52 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 [...]); סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 [...]). סמכות זו של המפקד הצבאי עוגנה גם בחקיקת הביטחון בסעיף 90 לצו הוראות הביטחון [...]" (שם, עמ' 860-861).

32. לא למותר לציין כי אין מקום לטענת העותרים שהתמקדה בהוראת סעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית, שכן לא רק שנקבע כי מדובר בהוראה הסכמית אשר אינה משקפת משפט בינלאומי מנהגי (ראו למשל: [בג"ץ 698/80](#) קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לח(1) 617 (1981); [בג"ץ 253/88](#) סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 815 (1988); [בג"ץ 814/88](#) נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 265, 268-269 (1989)); אף אין בין הוראה זו, אשר נועדה למנוע מעשי גירוש המוניים של אוכלוסייה בשטח כבוש לשם השמדתה, ביצוע עבודות כפיה או השגת מטרות מדיניות שונות, לבין נסיבות ענייננו, מאומה.

33. משלא מצאנו כי יש בטענות העותרים בדבר השפעתם של כללי המשפט הבינלאומי כדי לסייע להם, יש לפנות לבחינת השאלה המרכזית שבמוקד דיוננו, והיא האם התגוררו העותרים מגורי קבע באזור שטח האש עובר להכרזתו. טענה זו מבוססת על הוראת [סעיף 318](#) לצו בדבר הוראות הביטחון, המסייגת את האפשרות לפנות משטח סגור מי שהוא "תושב קבוע" בו. גם בעניין זה אקדים אחרית לראשית ואציין כי המסקנה הברורה העולה ממכלול החומרים שהונחו לפנינו היא כי ערב ההכרזה על שטח האש, לא היו מגורים קבועים בגבולותיו. בטרם ארחיב בדברים אדגיש כי אמנם, עתירה לבג"ץ אינה ככלל המסגרת המתאימה לבירור מעמיק של שאלות עובדתיות מורכבות (ראו למשל: [בג"ץ 884/86](#) הוועד המקומי נוה-זוהר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 441, 449 (1988); [בג"ץ 2196/00](#) הקאמרטת הישראלית, ירושלים נ' שר המדע, התרבות והספורט, פ"ד נח(4) 815, 807 (2004); [בג"ץ 3354/12](#) זנלכל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 17 [פורסם בבנו] (18.8.2014)). ברם בענייננו, כפי שיפורט להלן, לא מדובר בשאלה עובדתית סבוכה כי אם בשאלה שההכרעה בה, בפרט לצורך העתירות שלפנינו, אינה מורכבת כלל וכלל.

34. המשיבים ציינו בתגובתם, כי פענוח תצלומי האוויר של שטח האש אשר צולמו בשנים הרלוונטיות מעלה כי אין סימנים כלשהם המעידים על נוכחות של תושבים קבועים במקום לפני שנת 1980. מנגד, העותרים טענו כי מצילומי האוויר שבידיהם ניתן לזהות "רצף התיישבותי בכפרים" במשך 45 שנים. אף כי אין חולק כי פענוח צילומי אוויר הוא עניין של מומחיות, עיון בצילומי האוויר, הן אלה שהגישו המשיבים והן אלה שהגישו העותרים, אף בעין בלתי מיומנת ומקצועית אלא בעיני הדיוט לדבר, מגלה מסקנה חד משמעית וברורה כי הדין עם המשיבים. צילומי האוויר שצורפו על ידי המשיבים מתייחסים לפרקי זמן משמעותיים – חלקם החל משנת 1967 ועד לשלהי שנת 2012. כך צורפו צילומים המתעדים את ח'רבת ט'ובא מהשנים 1985, 1990, 1999, 2003, 2006, 2008, 2010 ו-2012; ח'רבת מגעורה מזרח מהשנים 1985, 1990, 1999, 2004, 2006, 2008, 2010 ו-2012; ח'רבת צפאי מהשנים 1985, 1990, 2000, 2003, 2006, 2008, 2010 ו-2012; ח'רבת אל תבן מהשנים 1967, 1979, 1984, 1990, 1999, 2002, 2005, 2007, 2008, 2009, 2011 ו-2012; ח'רבת אל פחות מהשנים 1967, 1981, 1990, 1991, 1999, 2001, 2003, 2005, 2007, 2009, 2011 ו-2012; ח'רבת ג'נבה מהשנים 1967, 1979, 1981, 1991, 1999, 2001, 2003, 2005, 2007, 2009, 2011 ו-2012; ח'רבת ג'נבה מהשנים 1999, 2001, 2003, 2004, 2005, 2007, 2010 ו-

2012; ח'רבת מרכז מהשנים 1967, 1979, 1981, 1991, 1999, 2001, 2002, 2005, 2008, 2009, 2011 ו-2012; ח'רבת מעיז מהשנים 1985, 1990, 1999, 2000, 2003, 2007, 2010 ו-2012; וביר אל עיד מהשנים 1967, 1969, 1974, 1980, 1989, 1992 ו-1995. מדובר במצבור משמעותי של צילומי אוויר המגלה מצב דברים ברור וחד-משמעי. בעוד שעד שנת 1980 לא ניתן לזהות בשטח סימנים למגורים, ודאי לא מגורי קבע בכל השטח, ניכרת על פי הצילומים תנופת בניה בח'רבאות במהלך שנות ה-90 ובעיקר החל משנת 2000 והלאה. זאת אף "בניכוי" צילומי האוויר משנת 1985, משנת 1999 ומשנת 2000 אשר לטענת העותרים עלולים ליצור רושם מטעה, שכן באותם שנים נהרסו המבנים שהיו על הקרקע על ידי המשיבים.

35. תמונה זו עולה מאליה לא רק מתצלומי המשיבים, אלא אף מהתצלומים שצירפו העותרים לעתירתם בבג"ץ 413/13. אף שמדובר בצילומי אוויר ממספר שנים מצומצם יותר מאלה שצרפו המשיבים, גם בהם ניכר באופן שאינו משתמע לשני פנים היעדר הבניה בשנים המוקדמות לעומת המבנים הרבים שהתווספו במהלך השנים. אדרבה, לא מעט מהתצלומים שצורפו מתייחסים לאותן ח'רבאות שתצלומיהן צורפו על ידי המשיבים. כך צירפו העותרים צילומי אוויר של ח'רבת מג'אז (מעיז בתצלומי המשיבים) מהשנים 1972, 1981, 1993, 2001 ו-2011; ח'רבת אספיי אל תחתא (תצלום החופף בחלקו לתצלום ח'רבת צפאי שצורף על ידי המשיבים) מהשנים 1967, 1972, 1981, 1993 ו-2001; ח'רבת אל תבא'ן (אל תבן בתצלומי המשיבים) מהשנים 1972, 1981, 1993 ו-2011; ח'רבת אל פח'ית (אל פחות בתצלומי המשיבים) מהשנים 1972, 1981, 1993 ו-2011; ח'רבת "אל מרכז" (מרכז בתצלומי המשיבים) מהשנים 1967, 1972, 1981, 1993 ו-2011; ח'רבת "אל חלאווה" (ח'לווה בתצלומי המשיבים) מהשנים 1972, 1981, 1993 ו-2011; וח'רבת "ג'ינבה" (גנב'ה בתצלומי המשיבים) מהשנים 1967, 1972, 1981, 1993 ו-2011. מעבר לאלו, צורפו תצלומי אוויר של ח'רבת אספיי אל פוקא מהשנים 1967, 1972, 1981, 1993, 2001 ו-2011; וח'רבת אל דבע מהשנים 1972, 1981, 1993 ו-2011. המסקנה המתבקשת מעיון בתצלומים אלו זהה לחלוטין למסקנה המתבקשת מתצלומי המשיבים.

36. לשם הדוגמה, נמקד מבטנו בצילומי האוויר של ח'רבת אל פחות" שהציגו המשיבים ("אל פח'ית" בפי העותרים). בשנים 1967 ו-1981 השטח ריק לגמרי ממבנים. התפתחות מסוימת נגלית במהלך השנים 1990 ו-1991. בשנת 2001 ניכר כי כבר נבנו בח'רבה מספר מבנים, וכאלה נבנו עוד ועוד בשנים 2007, 2009, 2011 ו-2012. תמונה

זהה מתגלה מצילומי האוויר שצירפו העותרים ואף ביתר בהירות. ניתן אף להבחין כי בשנת 1972 ובשנת 1981 אין עדות למבנים בשטח לעומת שנת 2011, בה ניכרת בנייה רבה במקום. כך גם ביחס לח'רבת חילוה ("אל חלאווה" בפי העותרים). אין הרבה מקום לספק כי בשנים המוקדמות (1967, 1979, 1981 ואף 1991) אין כל עדות לבניה במקום. לעומת זאת בשנים 2007, 2009, 2011 ו-2012 נבנו עוד ועוד מבנים ובתים. גם כאן, תמונה דומה נגלית מצילומי האוויר שהוגשו על ידי העותרים: הבדל חד וניכר בין התמונות מן התקופה המוקדמת (בשנים 1972, 1981 ואף 1993) לבין התמונה משנת 2011 בה ניתן לזהות בבהירות בניה ברורה. טענת העותרים בתשובתם למשיבים, כי הם אינם מכחישים שכמות המבנים גדלה באזור לאורך השנים, תוצאה של מהלך טבעי של גידול האוכלוסייה וביטוי למהלך של יציאה הדרגתית מהמערות אל פני השטח, גם היא איננה תומכת בטענתם כי בתחומי שטח האש היתה נוכחות של תושבים קבועים בימי עבר.

37. בצדק גם טענו המשיבים כי קיומם של אימוני תקיפה מהאוויר שנערכו על ידי חיל האוויר עובר למועד ההכרזה על שטח האש ועד לשנת 1993 (עובדה אשר גם לא נסתרה על ידי העותרים) מחזק אף הוא את המסקנה האמורה כי לא היו מגורי קבע במקום באותה עת. המשיבים גם גיבו טענה זו בדיווח מיום 21.9.1989 שניתן על ידי "ממונה אזור יהודה" ביחידת הפיקוח, אשר מתייחס לעבודות השונות שבוצעו בשטח לצורך ביצוע האימונים. כך גם באותו דיווח מצוין כי בשטח האש ישנן שתי חורבות בהן מתגוררים בעונת החורף במערות רועים עם עדריהם, כאשר המערות נסתמו לאחר שנבדק כי הן ריקות מאדם.

38. זאת ועוד, תיאור המשיבים כי בניית בתי המגורים ויתר התשתיות בשטח האש נעשתה תחילה לאחר שנת 1980, ואף לאחר שנת 1990, וביתר שאת לאחר שנת 2000, עולה בקנה אחד גם עם ראיות נוספות. על אף הקושי המובנה במציאת תיעוד של אירועים ופעולות שבוצעו לפני עשרות שנים, המשיבים הציגו שורה של מסמכים המתעדים פעולות שביצעו גורמים שונים המאפשרים להתחקות אחר ההתפתחות שחלה באזור החל ממועד ההכרזה. כך, מדיווחי פעילות יחידת הפיקוח וגורמים נוספים בין השנים 1980 ועד 2000 עולה תמונה ברורה על פיה לא הייתה התיישבות קבועה בשטח האש בטרם הכרזתו. מהדיווחים השונים גם עולה כי פקחי יחידת הפיקוח פעלו למיגור וסילוק פולשים שונים והקמת מבנים בו, לאחר ההכרזה בשנת 1980, באמצעות דרכי אכיפה שונות. כך למשל עולה מהדיווח מיום 2.3.1984 של רכז פיקוח חברון המתייחס

לרעיית צאן באזור, שוד עתיקות ולתופעת ניסיונות הבניה בשטח; כך עולה מהדיווח מיום 2.5.1984 של פקח רשות שמורות הטבע בעניין השתלטות פולשים על ח'רבת ג'ינבא וח'רבת מרכז לאחר שנת 1980; וכך גם עולה מדיווח מיום 1.2.1985 של רכז פיקוח חברון על אודות תלונה שהוגשה במשטרת חברון נגד תושבי הכפר יאטא שפלשו לשטח האש והתמקמו בח'רבת מרכז (ודיווח על תלונה נוספת לגבי פולשים נוספים נמסר ביום 7.2.1985).

התמודדות נוספת עם פולשים באה לידי ביטוי בין היתר בדיווח מיום 15.4.1985 של רכז פיקוח חברון המפרט על סיור שנערך בשטח האש ביום 14.4.1985, וכן מדיווח מיום 5.5.1985 על תפיסת עדרים בתחום שטח, כמו גם על הגשת תלונה למשטרה בנושא, ועוד. ניתן לומר אפוא, כי חרף הקושי הראייתי המובנה בהתחקות אחר מסמכים המתעדים פעילות בזמן אמת נוכח חלוף הזמן, המשיבים הציגו תמונה ראייתית ברורה על פיה לא הייתה תופעה של מגורי קבע לפני ההכרזה.

39. מן העבר השני, חוות הדעת עליהן מסתמכים העותרים אינן מסייעות להם. באשר לחוות הדעת מטעם פרופ' שולי הרטמן, אנתרופולוגית חברתית, הרי שעל פי האמור ב"פתיח" לה, היא מבוססת על ביקורים וסיורים שערכה באזור דרום הר חברון "החל משנת 2006", ביקורים שבהם שוחחה עם המתגוררים במקום וצפתה בשגרת יומם. מעבר לכך, חוות הדעת מתמקדת, כפי שמעידה כותרתה, ב"אורחות החיים של קהילות פלחים רועים בתחום שטח אש 918". כך בעיקר מפרטת חוות הדעת דפוסי התנהלות במרחב הביתי והחקלאי של המתגוררים בתחום שטח האש. ברם, תיאור הרקע ה"היסטורי" על ידי פלונית אינו אלא התרשמותה מהנמסר לה על ידי תושבי המקום בתקופה מאוחרת – על פי דבריה שלה, החל משנת 2006. בנסיבות אלו, קשה להסיק מחוות הדעת מסקנה לגבי הסוגיה השנויה במחלוקת בין הצדדים, שעה שחוות הדעת לא נשענה על נתונים אובייקטיביים כלשהם או על סיורים במקום ב"זמן אמת". חוות דעת נוספת צורפה על ידי העותרים מטעם פרופ' גדעון מ. קרסל, ראש היחידה למחקרים חברתיים באוניברסיטת בן-גוריון בנגב, אך קשה לומר כי מדובר בחוות דעת משכנעת. כל שמצוין בה בקביעה כללית, המתבססת על פי האמור בחוות הדעת עצמה על ביקור במקום בשנת 1984 ועל חבקוק (בעניינו יפורט בהמשך), הוא כי "במרוצת השנים" אוכלסו המערות על ידי חלק מהמשפחות שהתגוררו בהן, באופן קבוע. גם לא התרשמתי שיש בפרוטוקול "ישיבת הועדה להתישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות

הציונית העולמית" מיום 12.7.1981 שהציגו העותרים כדי לשנות מן המסקנה האמורה. זאת בהינתן בין היתר כלליות הדברים וניתוקם מהקשר ברור.

40. כאמור, שני הצדדים ביקשו להישען על האמור בספרו של חבקוק. העותרים הפנו לקטעים מתוך הספר המצביעים על כך שעל פי מחקרו של חבקוק, תושבי דרום הר חברון מקיימים מזה דורות אורח חיים תרבותי ייחודי של מגורים במערות (עמ' 31 ו-53). העותרים הפנו גם לעמודים שבהם נאמר כי תנאי האקלים וזמינות הקרקעות באזור הר חברון עודדו את ההתיישבות באזור זה והניעו תהליך של יציאה מעיירות האם (יאטא ודורא) למרחבים שסביבן, תהליך שהחל בראשית המאה ה-19 ונמשך עד לשלהי תקופת המנדט הבריטי ותחילת השלטון הירדני (עמ' 26). אלא שאין בהפניה לעמודים אלה, ולעובדה כי חבקוק אכן מתאר תופעה כללית של "התפשטות" תושבי הכפרים יאטא ודורא אל מחוץ לגבולות המקוריים של כפריהם ולהתיישבות באתרים נטושים שבסביבה (עמ' 26), כדי לתמוך בעמדת העותרים כי מרכז חייהם עוד לפני שנת 1980 היה במערות שבתחומי שטח האש. אדרבה, ככל שניתן ללמוד מספר זה על התיישבות בשטח האש בתקופה הרלוונטית, ישנה רלוונטיות רבה יותר לעמודים אליהם הפנו המשיבים. כך, על פי תיאורו של חבקוק, תושביהם של החורבות החדשות "נותרו קשורים בטבורם לכפרי האם" (עמ' 27). חבקוק גם מונה שני סוגים של מערות מגורים שניתן למצוא באזור: מערות המשמשות משכנות קבועים; ומערות המשמשות משכנות עונתיים (עמ' 35). בהתייחסו לחורבות אשר "הפכו במשך השנים לכפרים של ממש" לעומת החורבות ש"נשארו יישובים ארעיים המשרתים את התושבים של כפרי אם", מונה חבקוק רשימה של ארבע חורבות שהפכו לכפרים מיושבים דרך קבע: אל ברג'; בית מרסם; דיר צאמת; וח'רבת כרמל (עמ' 34, הערה 8). אף אחת מהח'רבאות לגביהן טוענים העותרים למגורי קבע אינה נמנית על רשימה זו. מנגד, כאשר מונה חבקוק ח'רבה המשמשת חלק מהעותרים לפנינו (עותרים 110-169), ח'רבת ג'ינבא, זו נזכרת כחורבה נטושה שהייתה ישוב עונתי ונותרה כזו (עמ' 34, הערה 9).

41. כמו כן, על פי המפה המצורפת לספרו של חבקוק, בתחום שטח האש היו מצויות 11 ח'רבאות, כולן, על פי חבקוק – עונתיות: ח'רבת אל-מפקרה; ח'רבת צרורה; ח'רבת אל-כויס; ח'רבת אל-פח'ית; ח'רבת מרכז; וח'רבת ג'ינבא. על ח'רבאות אלה, אליהן מתייחסים העותרים כאל מקום מגוריהם הנטען (ח'רבת אל-פח'ית לעניין עותרים 103-106 ועותרים 177-186; ח'רבת מרכז לעניין עותרים 107, 108 ו-233; וח'רבת ג'ינבא לעניין עותרים 110-169) מציין חבקוק כי מדובר "במשכנות

עונתיים במשך תקופת המרעה" כאשר "לכל המשפחות הללו יש משכנות של קבע בכפרי האם שלהן, והמערות הנפוצות בחורבות שבסביבה משמשות את משפחות הרועים כמקומות מגורים ארעיים וכמקומות בהם הן מחזיקות את עדריהן בשעות הלילה בעונת המרעה" (עמ' 35-36). חבקוק שב ומדגיש כי במועד כתיבת הספר (שנת 1984) ניתן לראות כי מדי שנה נוהגים רועים מהכפרים הסמוכים לשהות בח'רבאות אלה ו"בתום החורף שבות משפחות הרועים ונוטשות את המערות, ששימשו במהלך חודשי המרעה, ועוקרות אל כפרי האם שלהן או למקומות מרעה אחרים, מבטיחים יותר" (עמ' 56). אין אפוא בהפניה לספרו של חבקוק כדי לסייע לעותרים.

בקשת ההצטרפות להליך

42. ובאשר לבקשת המבקשת להצטרף להליך, "המועצה הכפרית מסאפר יטא". בין השיקולים שיש לשקול בעת בחינת בקשת הצטרפות כידיד בית משפט ניתן למנות את מהות הגוף המבקש להצטרף, את מומחיותו ואת תרומתו הפוטנציאלית לדיון. יש לקחת בחשבון גם את מהות הסוגיה העומדת להכרעה, מהות ההליך, השלב אשר בו הוא מצוי ואם אין בצירוף משום פגיעה ביעילות הדיון (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 555 (1999)). בראי השיקולים האמורים, אין כל מקום לספק בענייננו כי דין הבקשה להידחות. זאת לא רק בהתחשב בשלב הדיוני המאוד מתקדם שבו הוגשה הבקשה (לאחר שנשמעו טענות כל הצדדים בכתב ובעל פה בהליך שנפרש על פני כמעט עשור), אלא גם בהינתן שאין מדובר בבקשת צד שלישי שאינו מיוצג או שאינו קשור למי מהעותרים (השוו: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(6) 285 (2003)). על אף שהדבר לא מצוין במסגרת הבקשה, מר אבו עראם, ראש "המועצה הכפרית מסאפר יטא", הוא עותר 17 בבג"ץ 1039/13. לא זו אף זו, "מועצה כפרית" איננה מוסד שלטוני מוכר, ודאי לא גוף בעל מומחיות. גם מבחינה מהותית, המבקשת להצטרף מייצגת אינטרסים הזהים לאינטרס העותרים. אין מדובר אפוא בנסיבות המצדיקות את קבלת הבקשה.

43. יתר על כן, במידה רבה של צדק טענו המשיבים כי הבקשה נדמית כניסיון "לשיפור עמדות" בשלב דיוני מאוחר ביותר, כאשר המבקשת להצטרף מעוניינת לצרף מסה משמעותית של מסמכים וראיות אשר לא צורפו על ידי העותרים עד כה. בקשה להצטרף כידיד בית משפט אין משמעותה התרת הרסן לצירוף ראיות שלא הוגשו בשלב

מוקדם יותר כמעין "מקצה שיפורים". במיוחד בולט הדבר כאשר מדובר בראיות שצורפו זה מכבר על ידי העותרים והמבקשת להצטרף מנסה "לשפץ" אותן או להאיר בהן פנים נוספות. זאת למשל בנוגע להפניית המבקשת להצטרף לעמודים נוספים מתוך ספרו של חבקוק ול"ניתוח תצלומי האוויר" על ידי עמותת "במקום – מתכננים למען זכויות תכנון". לא למותר לציין כי על תצלומי האוויר שצורפו לעתירה מוטבע סמלה של עמותה זו ופשיטא כי הייתה בידי העותרים האפשרות לצרף את ניתוח התצלומים. בקשה להצטרף כדיד בית משפט איננה הכלי המתאים לעשות כן. ממילא אין מקום להתייחס לניסיונה של המבקשת להצטרף להפנות לעמודים נוספים מתוך הספר של חבקוק, אליו הפנו העותרים.

44. הרבה למעלה מן הצורך יצוין כי גם עיון במסמכים הנוספים שהמבקשת להצטרף ביקשה לצרף, אינו מגלה כי יש בהם כדי לתרום תרומה של ממש או אף תרומה כלשהי לבירור התמונה המשפטית והעובדתית בענייננו. כך, בקצרה, חוות הדעת שהוגשו כלל אינן ממקמות במרכזן את הסוגיה השנויה במחלוקת, שאלת מגורי קבע בתחום שטח האש טרם ההכרזה עליו ובסמוך אליה. ב"חוות דעת מומחה" מיום 12.12.2020 שהוגשה מטעם פרופ' ראסם ח'מאיסי צוין כי השאלה העומדת בבסיס חוות הדעת היא "האם ניתן לקדם תכנון אזורי בשטח אש 918, בכדי להמשיך לקיים הכפרים הפלסטינים בשטח זה ולייתר החרבתם והעברתם בכפיה ממקומם". חוות הדעת מניחה כהנחת היסוד כי "ההכרזה על שטח צבאי 918 היא פסולה ובסיסה בשיקולים טריטוריאליים/ גיאופוליטיים עליהם הולבשה פרקטיקה של צרכים צבאיים" וכן כי "הקהילות הגרות באזור גרו בעבר, גרות עכשיו וימשיכו להתגורר במרחב...". הנחות יסוד אלו עליהן מושתתת חוות הדעת הן אלה השנויות במחלוקת בענייננו, ומשכך ממילא לא ניתן היה ליתן לחוות דעת זו כל משקל. הוא הדין גם באשר ל"חוות דעת מומחה בעניין החובה להגן ולהמשיך ולקיים את המורשת הארכיאולוגית החומרית והתרבותית בכפר ג'ינבה..." מיום 11.12.2020 מטעם הארכיאולוג גדעון סולימני. חוות הדעת המתמקדת בחשיבותן וערכן של העתיקות הארכיאולוגיות שבמקום אינה מעלה ומורידה לענייננו. כך גם חוות דעת היסטורית מטעם ד"ר מייקל פישבך שעניינה במצב ההתיישבות בשטח האש עד שנת 1967, בהתייחס לתיעוד לקיומן של ח'רבאות אלה גם בעבר. שעה שאין חולק כי הח'רבאות בשטח האש היו קיימות גם בעבר (אלא שלעמדת המשיבים הן שימשו למגורים עונתיים בלבד ולא למגורי קבע) אין בחוות דעת זו כדי לתרום לבירור הסוגיה העומדת על הפרק. במסמך שצורף

לבקשה התבקשה הצגת עדויות וראיות חפציות שונות (על אודותיהן פורט בנספח ב/8 לבקשה) אולם גם לגביהן לא ברור כיצד הן יכולות לתרום להכרעה.

45. גם בבקשה הנוספת לצירוף מסמך שהגישה המבקשת להצטרף ביום 29.4.2021 אין כדי לתמוך בטענות העותרים או כדי להשליך על הסוגיות השנויות במחלוקת. לבקשה זו צירפה המבקשת להצטרף דו"ח שנערך בינואר 1968 המתייחס לפעילות צה"ל בשטח האש (בחרבת ג'ינבה) ולתושבים שהתגוררו שם באותה עת. אין הרבה מקום לספק כי גם קיומם של בתי אבן בחרבת ג'ינבה בשנת 1966 אין בו כדי ללמד דבר על מצב הדברים בשנת 1980. מה גם שבהתחשב בתמורות שחלו באזור בעקבות המלחמה שפרצה בתווך, גם אם הייתה מוכחת הטענה למגורי קבע בשנת 1966, אין די בה לצורך הכרעה בשאלה אם היו במקום מגורי קבע למעלה מעשור לאחר מכן.

טיכום

46. המסקנה היא אם כן כי דינן של העתירות להידחות הן על הסף והן לגופו של עניין. לא רק שהעתירות לוקות בשיהוי כבד ובהיעדר ניקיון כפיים, גם לא עלה בידי העותרים להוכיח את טענתם למגורי קבע עובר להכרזה על שטח האש. זאת אף לא בראי הראיות החדשות שהתבקש להוסיפן על דרך של "בקשה להצטרף". לא למותר לציין כי טענה כללית שנשמעה מצד העותרים במהלך הדיון לפנינו בדבר אפליה לעומת ישוב סוסיא הסמוך לאזור שטח האש, אינה ממן העניין. מדובר בטענה שהועלתה באופן כללי וכוללני בהיעדר כל תשתית התומכת בה ואין להידרש לה. כמו כן, סוגיית נחיצות ההכרזה שבה ונתעוררה בדיון שהתקיים לפנינו, כאשר עודכנו על ידי המשיבים כי בחינה עדכנית העלתה כי שטח האש אכן חיוני לצרכים צבאיים וביטחוניים. גם לא מצאתי ממש בטענותיהם הכלליות של העותרים בדבר שיקולים זרים העומדים בבסיס ההכרזה או באשר לספק שביקשו לעורר ביחס למידת הצורך בשטח האש המסוים הזה דווקא.

47. עוד לא למותר לציין כי במסגרת ההליך הוצע לעותרים מתווה המבוסס על התפנותם משטח האש בעת עריכת אימונים. מעבר לכך המשיבים הבהירו, בלי קשר ליישום המתווה, כי בכל מקרה העותרים יהיו רשאים להיכנס לתחום שטח האש לצרכי חקלאות ומרעה בימי שישי ושבת ובחגי ישראל, וכי פתוחה לפנייהם הדרך לתאם כניסות לשטח האש במועדים נוספים. כמו כן, הובהר כאמור כי המשיבים אף מוכנים לאפשר לעותרים להיכנס לתחום שטח האש במשך כחודשיים בשנה לצורכי חקלאות

ומרעה. לא רק שהעותרים לא הצליחו להעמיד תשתית עובדתית מבוססת להוכחת טענותיהם, אלא שניתן אף לומר כי המשיבים בהחלט לוקחים בחשבון את צורכי החקלאים במקום, וזאת במידה רבה אף לפני משורת הדין.

אם תשמע דעתי אפוא, העתירות תידחנה. העותרים בבג"ץ 413/13 יישאו ביחד ולחוד בהוצאות המשיבים בסך של 20,000 ש"ח; וכך גם יישאו העותרים בבג"ץ 1039/13 ביחד ולחוד בהוצאות המשיבים באותו הסכום.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. העובדה ששטח האש שימש בשנות ה-89 וה-90 לאימוני חיל האוויר, מדברת בעד עצמה, ושוללת את טענות העותרים למגורי קבע בשטח האש. לכך יש להוסיף את האינדיקציות הרבות הנוספות שנסקרו בפסק דינו של חברי, השופט ד' מין. למעשה, גם העותרים עצמם מודים בתופעה של "עליה אל פני הקרקע" בשנים האחרונות, קרי, בנייה מעל המערות ששימשו משך השנים חלק קטן מתושבי יאטה הסמוכה על בסיס עונתי בתקופת החורף.

2. [בע"א 2281/06](#) אבן זוהר ואח' נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (28.4.10), דחה בית המשפט תביעה לפיצוי של בעלי קרקע עקב סגירת מקרקעין לצורכי אימונים של צה"ל, על אף הפגיעה בקניינם. במצב הדברים הרגיל, השכיח גם בתחומי הקו הירוק, בעלים או מחזיקים של מקרקעין בשטחי אש, נדרשים לפנות למפקד הצבאי על מנת לקבל היתרי כניסה למקרקעין שבבעלותם או שבהחזקתם (ראו מאמרה של סרן (מיל') דפנה ברק (כתוארה אז) "שטחי אש ושטחי אימונים - ההיבט המשפטי" משפט וצבא כרך 11-12, 153, 159 (התשנ"ב)). במקרה דנן, נעשו פעם אחר פעם ניסיונות כנים להגיע להסדר עם העותרים, באופן שיצמצם את הפגיעה בפרנסתם - החל מהסכם הפשרה בשנות ה-80, שבמסגרתו הותרה כניסת חקלאים ורועי צאן לשטח האש מדי סופי שבוע ובחגי ישראל ובמהלך שתי תקופות בנות חודש מדי שנה. **במסגרת הליך הגישור שהתנהל בפני שופט בית המשפט העליון (בדימ') פרופ' יצחק זמיר, הועלו למיטב ידיעתנו, הצעות מעשיות שונות, והמשיבים חזרו והעלו הצעות מעשיות שיאפשרו לעותרים להמשיך לשהות בשטח האש בתנאים ובמועדים שונים. ברם, הצעות הפשרה נדחו פעם אחר פעם**

על ידי העותרים, ותמיהה היא, האם שיקולים מעשיים של הקטנת הנזק מנחים את העותרים, או תפיסה של "הכל או לא כלום". כל זאת, כאשר ביני לביני, תוך הפרה של צווי הביניים שהוצאו בעתירות דנן, המשיך הבינוי בשטח.

3. מכל מקום, והחשוב לענייננו, שעדיין לא ננעלו שערי הפשרה וההידברות. גם כיום, המשיבים נכונים להתיר לעותרים להיכנס לשטח האש לצורך עיבוד חקלאי ומרעה בסופי שבוע ובחגי ישראל, שאז לא מתקיים אימונים בשטח, וכן כניסה לשטח האש למשך שתי תקופות של חודש בכל אחת מדי שנה, בעונות הזריעה והקציר. המשיבים אף הוסיפו ו"פתחו דלת" להצעה פרקטית נוספת, שבמסגרתה ייתכן שניתן לצמצם עוד יותר את השימוש בשטח האש, במסגרת תוכנית אימונים חצי שנתית (פסקה 10 לכתב התשובה של המשיבים). ככל שהעותרים מבקשים לקדם את האינטרס החקלאי-כלכלי-תרבותי שלהם, טוב יעשו אם יפנו למסלול של הידברות עם המשיבים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט דוד מיינץ, ומצטרף לדבריו של חברי, השופט יצחק עמית.

הדיון בעתירות שלפנינו נעשה בשני מסלולים מקבילים: האחד, המשפטי, התמקד בתוקפם של צווי הסגירה שהוצאו ביחס לשטח אש 918, דהיינו בשאלה האם ניתן היה בשעתו (קרי, החל מ-1980) לאסור על כניסה ויציאה מהשטח על מנת לייעדו לשימושים צבאיים; השני, המעשי, עסק בניסיונות להגיע לפשרה שתאפשר שימושים אזרחיים בצד השימושים הצבאיים. התמשכות ההליכים לאורך קרוב לעשור נבע מתפיסת בית משפט זה, במותבים משתנים, כי מסלול הפשרה המעשי עדיף על מסלול ההכרעה המשפטי. זאת מתוך הבנה שהכרעה משפטית לכאן או לכאן עלולה שלא לקדם את פתרון הסכסוך. לצערנו, לעת הזו, ולאחר שמוצו הניסיונות לפשרה לדעת כל הצדדים, אין מנוס מחזרה למסלול המשפטי – וכפי שמראה חברי, השופט מיינץ, כשפוסעים בו מגיעים לתוצאה שדין העתירות להידחות.

בכך מסתיים הדיון בעתירות דנן, ואולם הסכסוך לא בא על פתרונו. בשטח אש 918 הוקמו במהלך השנים מבנים רבים, ונעשים בו שימושים אזרחיים על ידי טוענים לזכויות בקרקע, אשר יש הכרח ליישב בינם לבין השימושים הצבאיים לשמם הוכרז כשטח אש. הרשויות הצבאיות המופקדות על תכנון השימוש בשטחי אש יבחנו מטבע הדברים, הן את צורכי הצבא והן את האילוצים הקיימים בשטח, בטרם יורו על חידוש האימונים בשטח אש 918, ויקבעו את טיבם והיקפם. בעשותן כן, חזקה עליהן כי יבחנו את מכלול החלופות בראי הצרכים הצבאיים, ויביאו בחשבון אף את הצרכים והאינטרסים של האוכלוסייה האזרחית הטוענת לזכויות בשטח.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין.

ניתן היום, ג' באייר התשפ"ב (4.5.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> 13004130_N89.docx הב

י' עמית 413/13-54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)