

1. עלי דאוד אמסעיל ברכאת, ראש מועצת כפר עקב,
2. אסמעיל דאוד אסמאעיל ברכאת
3. נצרי זיאד מחמוד ברכאת
4. חרב מנור אחמד ברכאת

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או אבישר לב ו/או אמילי שפר ו/או כרמל פומרנץ ו/או מוחמד שקיר, מטעם ארגון "יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם", מרח' יהודה הלוי 45, תל-אביב 65157; טל: 03.6206.947/8/9 פקס': 03.6206.950

העותרים

-- נ ג ד --

1. שר הביטחון – אהוד ברק
2. מפקד כוחות צה"ל בגדה – האלוףאבי מזרחי
3. ראש המנהל האזרחי – תא"ל מרדכי מוטי אלמוז
4. מפקד משטרת מחוז ש"י – ניצב חגי דותן

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים, פקס': 02.6467011

5. מועצה אזורית מטה בנימין
- כוכב יעקב – ישוב קהילתיבאמצעות עו"ד ע' סילבצקי ו/או נ' כ"ץ ואח' מרח קרן היסוד 27 ירושלים, טל': 02.6248877, פקס': 02.6248553

המשיבים

כתב עתירה מתוקן

בהמשך להחלטת בית המשפט מיום 28.11.11, והארכת המועד שנתבקשה וניתנה ביום 28.12.2011, מוגש בזאת כתב עתירה מתוקן למתן צו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו –

א. למשיבים 1-4: מדוע לא ינקטו בכל הפעולות הדרושות להפסקת בנייתם של שנים עשר מבני קבע המצויים בשלבי בנייה מתקדמים, ומספר דומה של מבנים נוספים אשר הקרקע שנועדה לבנייתם כבר הוכשרה זה לא מכבר. מבנים אלו וכן הקרקע עליה נועדה בניית ההמשך, ממוקמים בצידה הצפוני של ההתנחלות כוכב יעקב (להלן יכונה הן המבנים הראשונים והן אלו המתוכננים: "**המבנים**") ; ובכלל זאת מדוע לא יוצאו ויאכפן צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה כנגד המבנים.

ב. למשיבות מס' 5-6 מדוע לא תמנענה מביצוע כל פעולה, בעצמן או באמצעות אחרים, במישרין או בעקיפין, המסייעת לבוני המבנים, ובכלל זאת מדוע לא ימנעו ממתן שירותים כלשהם למבנים, לרבות חיבורם לתשתיות מים וחשמל.

והכל עד לקבלת פסק-דין סופי בעתירה זו.

צילום אוויר של ההתנחלות כוכב יעקב, הנמצאת כ-2 קילומטר מזרחית לכפר עקב, ועליו מסומנות החלקות בהן מבוצעות עבודות הבנייה והכשרת הקרקע נשוא העתירה, מצ"ב ומסומן 1.

ואלה הנימוקים בעתירה לצו על-תנאי:

א. פתח דבר

1. עתירה זו, בנוסחה המקורי, אשר הוגשה ביום 13.8.2009, עוסקת בעבודות בנייה בלתי חוקיות אשר נערכו בסמוך להתנחלות כוכב יעקב, במסגרתם נבנו שנים עשר (12) מבנים וכן נערכו עבודות הכשרת קרקע מאסיביות לבנייתם של מספר דומה של מבנים נוספים (להלן: "העבודות").

2. אי חוקיותן של העבודות נשוא העתירה בא לידי ביטוי בכל אחד מאלה:

I. הן בוצעו מחוץ לתחום השיפוט של ההתנחלות כוכב יעקב;

II. הן בוצעו בניגוד לתכנית המתאר החלה באזור ובלא שהוצאו להם היתרי בנייה כחוק;

III. הן בוצעו באדמותיהם הפרטיות של העותרים אשר מעולם לא נתנו הסכמתם לבנייה זו;

3. העבודות נערכו במהירות רבה וכשבועיים לאחר מועד תחילתן, עת הוגשה העתירה המקורית, כבר עמדו במקום כשניים עשר מבנים חדשים. עתירה זו הוגשה, לפיכך, בלית ברירה בבהילות ובזמן אמת, מתוך הבנה שללא התערבות בית המשפט הנכבד – גורלן של אדמות אלו, יהיה כגורלן של אדמות אחרות הנמצאות בתחומה של ההתנחלות הבלתי חוקית "כוכב יעקב" – היושבת בחלקה על אדמות פרטיות ובחלקה

על אדמות ציבוריות (המכונות לעיתים "אדמות מדינה") – גורל של הדרה וגזל בלתי הפיכים.

4. ושוב, כבכל מקרה של בנייה לא-חוקית על-ידי ישראלים בגדה המערבית, תוך גזילת אדמות פרטיות של תושבים פלסטינים, גם במקרה זה, זרוע רשויות אכיפת החוק לא מורגשת וניכר כי המשיבים מתייחסים בשוויון נפש גמור לעבירות הבנייה המבוצעות לנגד עיניהם ולפגיעה החמורה בזכויותיהם הקנייניות של אזרחי השטח הכבוש.

5. נוסח מתוקן של עתירה זו מוגש לאחר שבית המשפט הנכבד קיבל בהחלטתו מיום 28.11.2011 את בקשתם של העותרים 2-4 להצטרף לעתירה.

כ. הרקע העובדתי

I. הצדדים לעתירה

6. העותר מספר 1, מר עלי דאוד אסמעיל ברכאת והעותר מספר 2, מר איסמעיל דאוד אסמעיל ברכאת הינם יורשי הבעלים הרשום בלוח התביעות כבעלי הזכויות בחלקה 36.

צוי ירושה, העתק לוח התביעות הירדני ותצהיר העותר מספר 1 מצ"ב ומסומנים **נספחים 2-4**

7. העותר מספר 3, מר חרב מנור אחמד ברכאת והעותר מספר 4, מר נצרי זיאד מחמוד ברכאת הינם יורשי הבעלים הרשום בלוח התביעות כבעלי הזכויות בחלקה שמספרה 35.

צוי ירושה, העתק לוח התביעות הירדני ותצהירי העותרים מצ"ב ומסומנים **נספחים 5-7**

8. המשיב מס' 1 הינו שר הביטחון של מדינת ישראל. משיב מס' 1 מופקד על המינהל האזרחי בגדה.

9. המשיב מס' 2 הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול, המינהל והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. בפרט, אמון המשיב 2 על שמירה על הסדר הציבורי והגנה על רכוש התושבים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, כפי שיוסבר בהמשך העתירה.

10. המשיב מס' 3 הינו ראש המינהל האזרחי אצל המשיב מס' 2 אשר בידו סמכויות הניהול של החיים האזרחיים ב"שטח C" המהווים את חלקם הארי של שטחי הגדה המערבית הכבושים על ידי ישראל מאז 1967. בין היתר, אמון המשיב מס' 3 על אכיפת חוקי התכנון והבנייה החלים באזור.

11. במסגרת עתירה אחרת העוסקת ב(אי)אכיפת דיני התכנון והבנייה ו(אי)מימוש של צווי הריסה וצווי הפסקת עבודות כלפי מבנים במאחזים בלתי חוקיים בגדה המערבית, היא העתירה בבג"ץ 9051/05 **שלום עכשיו ואח' נגד שר הביטחון ואח'** (דיון התקיים ביום ה- 10.6.09 להלן תכונה: "**בג"ץ 9051/05**"), הגיש המשיב מס' 3 תצהיר משלים מטעמו בתאריך 28.10.2008 (להלן: "התצהיר").

12. בתצהיר זה פירט המשיב מס' 3 את סדרי העדיפויות לאכיפתם של דיני תכנון ובנייה כנגד בנייה בלתי חוקית במגזר הישראלי בגדה המערבית. המשיב מס' 3 הצהיר כי בראש סדר העדיפויות, מיד לאחר צווי ההריסה המבוססים על החלטות שיפוטיות, נמצאים מבנים המצויים בשלבי הבנייה ההתחלתיים שלהם, קריטריון המתאר את המצב הדברים שהיה קיים בשטח בעת הגשת העתירה. כמו כן, מבנים המצויים על אדמה פלסטינית פרטית מצוים גם הם בין הקריטריונים אותם שוקל המשיב בבואו לאכוף צווי הריסה.

13. יצוין, כי תצהיר זה שימש, ועודנו משמש, כעוגן המרכזי עליו נשענים המשיבים בעתירות אחרות המתייחסות לאכיפת דיני התכנון והבנייה בגדה, והוא אף הוצג על ידי המדינה לבית המשפט במסגרת דיונים שנערכו בעתירות אלו. ראו לדוגמה העתירה בבג"ץ 7891/07 **שלום עכשיו ואח' נגד שר הביטחון ואח'** (העוסקת באכיפתם של צווי תיחום אשר הוצאו לשישה מאחזים בלתי חוקיים), וכן בבג"ץ 8255/08 **עלי מחמד עיסא מוסא ואח' נגד שר הביטחון ואח'** (העוסקת במימוש צווי הריסה למאחזי הבלתי חוקי דרך האבות) וכן לאחרונה במסגרת בג"ץ 9669/10 **קאסם נ' שר הביטחון** (העוסק במימוש צווי הריסה בשולי ההתנחלות בית אל). לתצהיר זה ומשמעויותיו עוד נשוב בהמשך כתב העתירה.

העתק מתצהירו של המשיב מס' 3 מיום 28.10.2008, מצ"ב **ומסומן 8**.

14. המשיב מס' 4 הינו מפקד מחוז ש"י של משטרת ישראל אשר אמון, בין היתר, על אכיפת החוק על ישראלים מפירי חוק בגדה המערבית.

להלן יכוננו המשיבים 1-4 בהמשך כתב עתירה זה: "המשיבים".

15. המשיבה מספר 5, המועצה האזורית מטה בנימין, אשר בתחומה נמצאת ההתנחלות "כוכב יעקב" ובהתאם לתחיקה הצבאית החלה בגדה המערבית, לה נתונות סמכויות הפיקוח והאכיפה בכל הנוגע לחוקי התכנון והבנייה בתחומה. צירוף המשיבה מס' 5 נעשה מטעמי זהירות בלבד.

16. המשיבה מספר 6, "כוכב יעקב" (להלן: "ההתנחלות"), הינה ישוב קהילתי המתקיים מזה כשניים וחצי עשורים, והיא לפי מיטב ידיעת העותרת הגוף המייצג את המתנחלים בתחומה. אף משיבה זו הוספה מטעמי זהירות מכיוון שחבריה עלולים להיפגע מהסעדים המבוקשים בעתירה זו.

17. יצויין כי לעותר לא ידועה זהות האחראים לבניית המבנים נשוא העתירה, וצירופן של משיבות 5 ו-6 נעשה מטעמי זהירות. כמובן שאם ידועה להן או למי מהמשיבים האחרים, זהות האחראים לבנייה, נבקש כי תדווחנה על כך לבית המשפט על מנת שניתן יהיה לצרפם כמשיבים. משיבות אלה נמנעו מעשות כן במסגרת תגובותיהן לעתירה המקורית, מסיבות השמורות עימן.

II. ההתנחלות והמבנים נשוא העתירה

18. ההתנחלות "כוכב יעקב" – היושבת בחלקה על אדמות המוגדרות אדמות ציבוריות ובחלקה על אדמות פרטיות הנמצאות בבעלותם של פלסטינים תושבי הכפר הסמוך, כפר עקב – הוקמה בשנת 1984 ועל-פי האמור באתר האינטרנט של מועצת יש"ע היא מונה 380 משפחות.

העתק עמוד האינטרנט הרלוונטי מאתר מועצת יש"ע מצ"ב ומסומן 9.

19. ביום 6.8.09 גילה נציג ארגון זכויות האדם "יש דין", כי בשולי ההתנחלות מתבצעות עבודות בנייה בלתי חוקיות נרחבות ומואצות, לבנייתם של המבנים. מבט בתצלום אוויר של המקום, שצולם בחודש יוני לשנה זו מראה בבירור את עבודות הכשרת הקרקע לקראת הבנייה במקום. כאמור, כיום כבר עומדים במקום שנים עשר מבנים יבילים חדשים כאשר בסמוך אליהם ובסביבתם ישנה קרקע שנועדה לבנייה נוספת של מספר בתים דומה.

תצלום האוויר שצולם ב-7/09 וכן תמונות הממחישות את המצב כפי שצולם ביום 6.8.09, מצ"ב ומסומנות 10-11.

20. מבדיקה שערך העותר מספר 1 בסיוע ארגון "יש דין" עלה כי, המבנים כולם נבנים על קרקע פרטית פלסטינית של תושבים מכפרו, כפר עקב.

21. הבנייה וכן הקרקעות שהוכנו זה מכבר לשם בנייה עתידית מתפרשות על שלוש חלקות שמספרן 34,35,36 בגוש 'ראס א-סייר' (מספר 1) באדמות כפר עקב, המסומנות כולן בתצלום האוויר שצורף כנספח 1 לעתירה זו.

22. מסד הנתונים המקיף שנערך במשרד הביטחון, עבור המשיב 1, ע"י צוות בראשותו של תא"ל ברוך שפיגל, שנועד לרכז את נתוני הבנייה הבלתי חוקית בגדה המערבית (להלן ייקרא: "דו"ח שפיגל"), מציין כי ההתנחלות "כוכב יעקב" יושבת על "אדמות מדינה" וכן על "אדמות פרטיות". באשר לאזור בו מתבצעות עבודות הבנייה נשוא עתירה זו קובע דו"ח שפיגל את הדברים החמורים הבאים:

"3. עשרות בתי קבע, חלקם בבניה צמודת קרקע חלקם חד משפחתי, חלקם דו משפחתי ומערכת כבישים בחריגה מגבולות התכנית ועל אדמות פרטיות, בנוסף מגרש ספורט והכשרות שטח". (ההדגשות הוספו מ.ס., ש.ז., א.ל.)

למען הספר ספק יובהר, כי עניינה של עתירה זו, בעבודות בנייה והכשרות קרקע לבנייתם של המבנים המתבצעות באזור אליו מתייחס דו"ח שפיגל בציטוט דלעיל כ-"חריגה מגבולות התוכנית ועל אדמות פרטיות". לפיכך, **המדובר בעבודות בנייה בלתי חוקיות חדשות** באזור בו כבר עומדים עשרות בתי קבע בלתי חוקיים קודמים, כפי שמפורט בציטוט זה.

III. מיצוי הליכים

23. בתאריך 6.8.09 זמן קצר לאחר גילוי עבודות הבנייה שיגרו הח"מ פנייה דחופה ביותר אל המשיב 3 וכן אל עו"ד מיכאל בלס, המשנה ליועמ"ש הממשלה העוסק מטעמו, למיטב ידיעת הח"מ, בסוגיית המאחזים והבנייה הלא-חוקית בסקטור הישראלי בגדה המערבית. הפנייה לעו"ד בלס נעשתה בשל דחיפות העניין ומתוך ידיעת הח"מ כי סוגיות משפטיות הנוגעות לאכיפה של דיני התכנון והבנייה על הסקטור הישראלי בגדה המערבית מגיעות ממילא לפתחו של עו"ד בלס מטעם המשיבים 1-4, ועל-כן הפנייה אליו נעשתה על מנת לקצר הליכים.

24. מכל מקום, במכתבים אלה עדכנו הח"מ את המשיב 3 ואת עו"ד בלס בדבר הבנייה הבלתי חוקית המתבצעת בהתנחלות, כמצוטט להלן:

"3. למיטב הבנתי ומתוך הבדיקות שערכתי, הבנייה כולה מתבצעת באדמות פרטיות הנמצאות בבעלותם של פלסטינים מתושבי הכפר הסמוך כפר עקב, שמרשי הוא נציגם, ואשר לא נתנו הסכמתם לעבודות בנייה בלתי חוקיות אלו, שאף מבוצעות בחריגה מתוכנית המתאר הקיימת באזור ומחוץ לתחום השפוט של ההתנחלות." (ההדגשות במקור מ.ס., ש.ז., א.ל.).

העתק פנייה זו, מיום ה- 6.8.09, מצ"ב לעתירה ומסומנת 13.

25. בפנייתם דרשו הח"מ מהמשיבים לנקוט בכל הצעדים המיידים העומדים לרשותם על מנת להביא לעצירת עבודות הבנייה ומניעת איכלוסם של המבנים. הח"מ הדגישו כי המדובר בהתחלות בנייה אשר ניתן וצריך לעצור עוד בשלביהן ההתחלתיים וכי הדחיפות נובעת מסכנת האיכלוס שתסבך את פעולות האכיפה. אמירות אלה באו גם על רקע תצהירו של המשיב 3, שהוגש בבג"ץ 9051/05 כאמור לעיל (נספח 8) וקבע כעדיפות עליונה (שנייה רק לאכיפת צווים שיפוטיים) – אכיפה על התחלות בנייה שטרם אוכלסו.

26. בשל החשש כי האיכלוס (אשר יסבך עד מאוד את פעולות האכיפה) קרוב, נאלצו הח"מ בשם העותר מס' 1, לקצוב למשיבים את המועד למענה למספר ימים ועד ליום ב' 10.8.2008.

27. ביום 11.8.09 התקבלה תשובת המשיבים לפניית הח"מ. במכתב קצר, חתום בידי עו"ד אסתר זנזורי, נמסר בכלליות כי הנושא הועבר לבחינת יועמ"ש איו"ש וכי בתם בחינה זו תשלח תשובתם העניינית לנושא.

העתק מכתבה של עו"ד הדין זנזורי, מיום ה- 11.8.09, מצ"ב לעתירה ומסומן **נספח 14**.

28. **שוב מתברר, כבמקרים רבים של בנייה לא-חוקית ע"י מתנחלים בשטחים הכבושים, שרשויות אכיפת החוק מבזות את עצמן ואותנו. הבנייה בהתנחלות – חרף היותה בלתי חוקית – נמשכת במלוא המרץ, במהירות שיא ובאין מפריע. וכל זאת בידיעתן המלאה של רשויות האכיפה שנמנעות מלבצע חובתן האלמנטארית – למנוע ביזוי החוק ופגיעה ברכוש הפרטי של תושבי האזור המוגנים.**

29. לפיכך, ובלית ברירה, הגיש העותר מספר 1 ביום 13.8.2009 את העתירה בנוסחה הראשון.

IV. העתירה והשתלשלות האירועים לאחר הגשתה

30. ביום הגשת העתירה, ה- 13.8.2009 קבע בית המשפט הנכבד מפי כב' השופטת ע' ארבל כי העתירה תובא לדיון בפני הרכב בהקדם האפשרי בעוד המשיבים יגישו תגובתם לבקשה לצו ביניים עד שלושה ימים עובר למועד הדיון שיקבע. דיון זהנקבע ליום 3.9.2009.

31. זמן קצר לאחר מכן פנו הח"מ אל המשיבים ואל יועציהם המשפטיים, בדרישה כי אלה יעשו שימוש בסמכויותיהם ויודאו כי לא תואץ הבנייה עד לקיום הדיון בעתירה, האצת בנייה שמטרתה היא סיכול הסעד שעשוי להינתן על ידי בית המשפט הנכבד.

32. תגובתם המקדמית של המשיבים 1-4 הוגשה ביום 2.9.2009 ובה מסרו כי מסויר שערכו במקום נציגי המשיב מספר 4 עלה כי המבנים, נשוא העתירה, אוכלסו זה מכבר. אולם חרף האמור, נטען כי בשלב זה אין מקום להתערבות בית המשפט הנכבד שכן:

א. עם גילויין של העבודות ביום 4.8.2009 הוצאו להן צווי הפסקת עבודות והמחזיקים זומנו לדיונים בפני ועדת המשנה לפיקוח;

ב. ביום 16.8.2009 הכריז המשיב מספר 2, על השטח נשוא העתירה כשטח צבאי סגור בפני ישראלים;

33. המשיבים לא חלקו על טענות העותרים בעתירתם ביחס לאי חוקיותם של המבנים.

34. נוכח עמדתם זו של המשיבים קבע בית המשפט הנכבד, לאחר הדיון שנערך ביום 3.9.2009 בצו הביניים, כי על המשיבים לשוב ולעדכן את בית המשפט הנכבד בדבר התקדמות הליכי האכיפה וזאת עד ליום 15.9.2009.

35. ביום 15.9.2009, הוגשה הודעת העדכון כאמור מטעם המשיבים, בה נמסר כי הדיון בפני ועדת המשנה לפיקוח התקיים כמתוכנן, בסופו החליטה הועדה להוציא כנגד המבנים נשוא העתירה צווים סופיים להריסה ולהפסקת עבודה ולמחזיקים ניתנה שהות בת 21 יום לפעול למימוש עצמי של הצווים שהוצאו והשבת המצב לקדמותו. נוכח דברים אלו, בקשו המשיבים שהות נוספת בת חודשיים למסור הודעת עדכון נוספת מטעמם. בית המשפט הנכבד, נעתר לבקשת המשיבים בהחלטת המשנה לנשיאה, כבי' השופט א' ריבלין, מיום 12.10.2009.

36. ביום 15.12.2009, הגישו המשיבים הודעת עדכון שנייה מטעמם, בה מסרו כי הוצאתו של צו בדבר התליית הליכי בנייה (הוראת שעה)(ניהודה ושומרון)(מס' 1653), התשי"ע-2009 (להלן: "צו ההקפאה") כפי שהוצא על ידי המשיב מס' 2, והצורך לרכז מאמץ לצורך אכיפתו מחייבת בחינה מחודשת של חלוקת משאבים המיועדים לאכיפת דיני התכנון והבנייה בגדה ובכללה נערכת בחינה עדכנית בנוגע להשפעת הקפאת הבנייה על מימוש צווי הריסה קודמים, הכוללים, בין היתר, גם את הצווים נשוא העתירה דנן. לפיכך בקשו המשיבים לשוב ולעדכן את בית המשפט הנכבד כעבור עשרה חודשים, עם תסקר של הצו. בית המשפט הנכבד, נעתר לבקשת המשיבים בהחלטת המשנה לנשיאה, כבי' השופט א' ריבלין, מיום 14.1.2010.

37. ביום 15.11.2010 הגישו המשיבים הודעת עדכון שלישית מטעמם המשיבים, בה נמסר כי המשיב מספר 1, הורה על פתיחת הליך סקר – שהינו המנגנון לבירור מצב הזכויות בקרקע – לקביעת מעמדן של האדמות עליהן בוצעו העבודות, וזאת תחת התחייבותו הקודמת לאכוף את הבנייה הבלתי חוקית, בית המשפט לא קיבל את טענות המשיבים כי יש לדחות את העתירה והורה בהחלטתו מיום 3.1.11 להעביר את העתירה לדיון בפני הרכב. דיון בעתירה בפני ההרכב נקבע ליום 28.11.2011.

38. בהודעת העדכון האחרונה מטעמם (הרביעית במספר), אשר הוגשה ביום 24.11.2011, עדכנו המשיבים בדבר התקדמות הליך הסקר עליו דווח בהודעתם דלעיל כמצוטט להלן:

*"בהתאם להנחיית הדרג המדיני החלו הליכי סקר כאמור, אך בחודש
פברואר 2011 הופסקו ההליכים עקב צורך בהפניית המשאבים
המצומצמים העומדים לרשות המנהל האזרחי לנושאים אלה, על מנת
לטפל באתרים נוספים, בהתאם להתחייבויות המשיבים בעתירות
אחרות... בימים אלה נמשכים הליכי הסקר, על הכרוך בהם."*

כלומר כשלושה חודשים לאחר שהודיעו על פתיחתו הופסק הליך הסקר וחודש רק כתשעה חודשים (!!) לאחר מכן, ככל הנראה, לקראת הדיון בעתירה. זאת, כאשר מועד הסיום המשוער להליך הינו במהלך חודש מאי לשנת 2012. אשר על כן, ביקשו המשיבים לבחון מחדש את עמדתם ביחס למבנים נשוא העתירה, וזאת עד להשלמת הליכי הסקר.

39. ביום 24.11.2011 הוגשה גם הבקשה לצירוף עותרים על ידי העותרים 4-2. ביום 28.11.2011 התקיים הדיון בעתירה אשר לאחריו הורה בית המשפט הנכבד, (הרכב השופטים: א' גרוניס, ע' ארבל וחי' מלצר) על צירוף העותרים והגשת העתירה בנוסחה המתוקן.

40. יוער, כי בעקבות הדיון והדברים שנמסרו על ידי ב"כ המשיבים 4-1, בנוגע לאכיפתו של הצו בדבר שטח צבאי סגור שהוצא למתחם על ידי המשיב מס' 2, פנו הח"מ, זמן קצר לאחר הדיון (ביום 1.12.2011), אל ב"כ המשיבים, בבקשה לברר מה בוצע על ידם בהקשר זה והאם הצו נאכף או האם ננקטו פעולות אכיפה כלשהן ביחס אליו. דברים אלה הינם אך נדרשים לאור הכרזות המשיבים בעתירה כי המבנים נשוא העתירה מאוכלסים, בניגוד לצו בדבר שטח צבאי סגור שהוצא בעתירה.

העתק מפניית ב"כ העותרים הח"מ מיום 1.12.2011 מצ"ב ומסומן כנספח 15.

41. מכתב זה לא זכה לכל מענה מטעם ב"כ המשיבים 4-1.

ג. הטיעון המשפטי

I. קניינם הפרטי של "אזרחים מוגנים" וחובות המשיבים 4-1

42. העותרים הינם אזרחים המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. מתוקף היותם אזרחים המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, הם בעלי מעמד של "אזרחים מוגנים", על פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי אשר מעניק להם הגנות שונות ומטיל על הרשויות חובות לכבדן.

43. הוראות המשפט ההומניטארי חלות על שטח הגדה המערבית ועל התושבים, כפי שכבר קבע בית המשפט הנכבד מקדמת דנא. וראו לעניין זה את דבריו הנשיא (בדימוס) אהרון ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4), 785, עמ' 791-792.

44. חלק נכבד של המשפט ההומניטארי שכאמור חל על האזור, בא לידי ביטוי בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, שעניינה הגנה על אזרחים במהלכו של סכסוך חמוש ובתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר חוקיה ונהגיה של המלחמה ביבשה, 1907. אמנות אלו חולשות על היחסים שבין הכובש והנכבשים בגדה המערבית כפי שקבע בית המשפט הנכבד פעמים רבות, ולאחרונה בבג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על(3)2005, 3333.

45. אחת החובות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא הגנה על הקניין הפרטי של האזרחים המוגנים. וכך קובעת תקנה 46 לתקנות האג, כי:

Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and

private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.

(הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.)

46. מסגרת נורמטיבית-הומניטרית כללית זו נוסחה על ידי גאסר (Gasser), אשר טען בזו הלשון:

"Civilians who do not take part in hostilities shall be respected and protected. They are entitled to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions, and their manners and customs. Their property is also protected"

(Gasser, "Protection of the Civilian Population", In: D. Fleck, **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts** 211 (1995))

47. בנוסף, קיימת הוראה מקבילה גם באמנת ג'נבה הרביעית, האוסרת הרס קניין פרטי וציבורי בשטח הכבוש, שאינו נדרש באופן הכרחי מטעמי ביטחון:

Art. 53 – Prohibited Destruction:

"Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations".

48. אין ספק שפעולות הבנייה המאסיביות, הכוללות הכשרות קרקע נרחבות ובנייתם של המבנים נשוא העתירה, מונעת מהעותרים את הגישה לאדמתם ולפיכך את היכולת את לעבדה ובכך מהווים הרס של הנכס או למצער הפקעת היכולת ליהנות ממנו ולהפיק ממנו את הפירות המקווים. נזכור שפעילות זו נעשית בידיעה מוחלטת של המשיבים - 1 ואלו לא נוקפים אצבע על מנת למנוע זאת, למעט, אולי – כפי שנהוג במקרים רבים אחרים של בנייה בלתי חוקית בגדה על ידי מתנחלים, הוצאתם של צווים אשר שוכבים במשרדי המשיבים כאבן שאין לה הופכין. הצו בדבר שטח סגור שהוצא על ידי המשיב מס' 2 בהקשר זה הינו דוגמא מובהקת להעדרה של אכיפת חוק אפקטיבית ואופרטיבית באזור זה ובהקשרים אלה.

49. ודוק: האמור בסעיף 53 לעיל בא להוסיף כמובן, ולא לגרוע, מהאמור בתקנה 46 לתקנות האג, וכפי שהגדיר זאת המלומד J.S. Pictet:

"The Extension of protection to public property and to goods owned collectively, reinforces the rule already laid down in the Hague Regulations, Articles 46 and 56 according to which private property and the property of municipalities and of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and science must be respected"

(J.S. Pictet: **Commentary: IV Geneva Convention**, 1958, p. 301

50. החובה המוטלת על הגורם הצבאי בשטח, ובמקרה דנן – המנהל האזרחי ופיקוד המרכז – ככל שהדבר נוגע לדין ההומניטארי, טומנת בחובה גם את החובה להגן על רכושו של הפרט המוגן בשטח הכבוש. וכפי שביטא זאת בית המשפט הנכבד בעבר:

"חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שליטית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה"חיובית".

(בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5), 385, עמ' 393-394).

– וגם

"במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים (החובה ה"שליטית"). חובתו היא גם "חיובית". עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים"

(שם, בעמ' 408).

– וראו לעניין זה גם –

"[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת כזו מכח המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא במקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה."

(בג"ץ 7862/04 זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל

51. ואילו בפסק דין של בית המשפט הנכבד אשר ניתן זה לא מכבר, שב בית המשפט ומדגיש את חובתם של הרשויות בכל הנוגע לשמירה על קניינם של התושבים המוגנים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית:

"על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים"

(בג"ץ 8887/06 אל-נאבות' ואח' נ' שר הביטחון ואח' [טרם פורסם]; פסק הדין מיום 2.8.2011), פסקה 16 לפסק דינה של כב' הנשיאה, ד' בייניש).

52. הנה כי כן, ניתן לראות - כפי שניתן היה לשער - כי לעותרים קיימת הזכות, על פי המשפט הבינלאומי כי רכושם יהא מוגן על ידי המפקד הצבאי בשטח, קל וחומר כאשר הפוגעים והמהרסים של הרכוש באים מקרב האוכלוסייה של הצד הכובש. אל מול זכותם זו של העותרים עומדת חובתם של המשיבים 1-4 להבטיח באופן אקטיבי את קיומה של הזכות כשהמימד "החיובי" של חובה זו מחייב את הרשויות לנקוט בכל ההליכים והאמצעים העומדים לרשותם על מנת שהגנה זו תובטח. ואולם, על אף שהרשויות מנפיקות, אולי, צווי הריסה כנגד מבנים בלתי חוקיים וצווי הפסקת עבודות לבנייה בלתי חוקיות, ניסיון העבר מלמד אותנו כי, חרף הבטחותיהם החוזרות והנשנות, מימושם של אילו אינו נראה באופן, ובכך מוסיפים המשיבים חטא על פשע.

53. הוראות דומות המחייבות את המשיבים לנקוט בכל ההליכים על מנת להשיב לעותרים את בעלותם על הקרקע קיימות גם בדברי החקיקה הישראלים החלים מכוח עקרונות המשפט המינהלי על פעילותם בגדה המערבית. כך למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". עולה מלשון ההוראה, כי המעמד החוקתי לקניין אינו מוגבל אך לתושב או לאזרח, אלא חל על כל אדם באשר הוא. אדם הוא אדם, ועל פי האמור בסעיף 11 לחוק יסוד זה, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". בפרט מצאה הרשות המכוננת להבהיר כי הרשויות – ובכלל זה המשיבים – חייבות לשמור על קניינו של אדם, ולדאוג שלא תהיה פגיעה בקניינו זה. לעניין זה יפים דבריה של נשיאת בית המשפט העליון, השופטת ד' בייניש בפסק הדין בעניין מוראד:

"בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי [...] לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם."

(בג"ץ 9593/04 ראשד מוראד, ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח' תק-על 2006(2), 4362, עמ' 4370; [26/6/2006]; להלן: "פרשת מוראד").

54. אולם, עינינו הרואות, כי רשויות השלטון, המשיבים 1-4, מועלות בחובתן שלא להשאר פאסיביות לנוכח הפגיעה בקניין הפרטי ובכך מפירות את החובות המוטלות עליהן במשפט הבינלאומי ובמשפטה החוקתי של מדינת ישראל.
55. לסיכום, אם כן, ניתן לראות כי הן על פי המשפט ההומניטארי הבינ"ל והן על פי הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוכרת ומעוגנת זכותם של העותרים להגנה על קניינם. במקביל, מוטלת לפתחם של המשיבים 1-4 החובה להבטיח את מימוש זכותם הקניינית של העותרים על הקרקעות שבבעלותם הן מכח דיני המשפט הבינלאומי הומניטרי והן מכח החוק הישראלי. אולם, לצערם של העותרים ולקלונה של המדינה, הרשויות האמונות על האכיפה נמנעות באורח שיטתי מאכיפת הדין, ועל כך נרחיב להלן.

II – במבט לויני: פרויקט אי-האכיפה של מחלקת הפיקוח והאכיפה

56. עשרות אלפי ואולי מאות אלפי מילים נכתבו על היעדרה של אכיפת חוק אפקטיבית על ישראלים מפירי חוק בגדה המערבית. בעיית אכיפת החוק על ישראלים מלווה את הכיבוש הישראלי מאז החל מפעל ההתנחלויות.
57. בתחילת שנות השמונים, בעקבות בג"ץ 175/81 אל נאתשה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה (3) 361, שם התלוננו תושבי חברון על הטרדות והתעללות מצד מתנחלי בית הדסה, הוקם צוות מתאם, בראשותה של עו"ד יהודית קרפ מפרקליטות המדינה, לבחינת והכנת נהלים והנחיות לאכיפת חוק על ישראלים מפרי חוק בגדה המערבית ובחבל עזה. דין וחשבון של הצוות (להלן: "דו"ח קרפ") שהתפרסם ביום 23.5.1982 היה ראשון בסדרה ארוכה של דו"חות ציבוריים שעתידיים היו לעסוק מאז ועד היום בבעיית אי-אכיפת החוק בשטחים הכבושים.
58. בשנת 1994 התפרסם דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לעניין הטבח במערת המכפלה ("דו"ח שמגר"), וגם שם נמתחה ביקורת על כשלי אכיפת החוק:

"לא עלה בידי ממשלות ישראל לדורותיהן, והגופים הביצועיים המופקדים על הנושא, לעשות את המירב כדי לאכוף את החוק, בעקבות האינתיפאדה, לא במגזר הערבי ולא במגזר היהודי... די שנציין, כדוגמא, כי עד לעת האחרונה לא טופלו אירועים בהם לא הגיש ערבי את תלונתו בעצמו במשטרה, על אף קיומן של ראיות אחרות למעשה העבירה ובכללן עדי ראיה מאנשי הצבא"

- (דו"ח ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון (בראשות הנשיא שמגר) (תשנ"ד), עמ' 192)

וראו הדברים הבאים שכאילו נכתבו לעניינו :

"נתגלו ליקויים באכיפת החוק... נקודת המוצא המקובלת עלינו היא כי בהיעדר אכיפת חוק יעילה אין גם שלטון יעיל. באווירה שבה איש הישר בעיניו יעשה, בלי ליטול על עצמו סיכון מוחשי שישא באחריות אם יחרוג מכללי המותר, נפגעת תקינות פעולתן של הרשויות המופקדות על השליטה היעילה בשטח. בית המשפט העליון העיר כבר לפני שנים, כי שלטון החוק אינו נוצר יש מאין, ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו ביטוי מוחשי ויומיומי בעצם קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים ובהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 554, 505"

(שם, עמ' 243; ההדגשה שלנו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

59. בעקבות פרסום דו"ח שמגר ואימוץ מסקנותיו, הוקם המחוז השישי של משטרת ישראל, הוא מחוז ש"י שהמשיב מס' 4 הוא מפקדו. בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מיכאל בן-יאיר, פרסם נוהל חדש אשר אמור היה להסדיר את חלוקת האחריות בנוגע לאכיפת החוק על ישראלים בגדה המערבית ובחבל עזה. הנוהל שונה ועודכן בידי היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין. לנוסח העדכני ראו: נוהל אכיפת החוק והסדר לגבי ישראלים מפרי חוק באיו"ש ובאזח"ע (מכתב מס' 15620/98)

60. בסעיף 6 קבע הנוהל כך :

1. משטרת ישראל תהיה אחראית לטיפול באכיפת החוק והסדר בתוככי הישובים הישראליים. צה"ל יהיה אחראי לטיפול במעטפת שמחוץ ליישוב (זאת הן במקרה בו קיים מידע מוקדם על האירוע ובין אם אין).

2. בכל אירועים אחרים שיהיה לגביהם מידע מוקדם המאפשר התארגנות מראש – משטרת ישראל תהיה אחראית לטיפול באכיפת החוק והסדר באירוע עצמו וצה"ל יסייע לה ויטפל במעטפת."

61. הנה כי-כן, נוהלי היועמ"ש קובעים במפורש כי משטרת ישראל תהיה אחראית לאכיפת החוק על ישראלים בגדה המערבית. צה"ל משאיר בידו את האחריות הכללית והנוהל גם קובע כי במידה ויש אירוע של הפרת הסדר שאליו מגיעים חיילי צה"ל ראשונים, הרי שעד להגעת המשטרה צה"ל אחראי לאכיפת החוק.

62. אלא שכל הנהלים וכל הדו"חות לא שיפרו את המצב והפרת החוק מצד ישראלים בגדה נותרה ללא מענה ראוי עד עצם היום הזה.

63. וראו עוד לעניין זה :

- "רוח גבית: אי-אכיפת צווים שיפוטיים, גרירת רגליים והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית בשטחים", **יש דין** (אוקטובר 2011).
- "מראית חוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית", **יש דין** (יוני 2006);
- "הסכמה שבשתיקה: מדיניות אכיפת החוק על מתנחלים בשטחים", **בצלם** (מרץ 2001);
- "דין לעצמם: אי-אכיפת החוק על מתנחלים שתקפו פלסטינים בתגובה לפגיעה באזרחים ישראלים", **בצלם** (אוקטובר 2001);
- "עומדים מנגד: אי-אכיפת החוק על מתנחלים בחברון", **בצלם** (אוגוסט 2002);
- "הכל צפוי והרשות נתונה: טיפולן של רשויות אכיפת החוק בהתקפות של מתנחלים על מוסקי זיתים", **בצלם** (נובמבר 2002);

64. תקנה 43 לתקנות האג קובעת את סמכותו ואת חובתו של המפקד הצבאי בשטח, לשמור על הסדר והבטחון באזור הנתון בשליטתו. לכך יש להוסיף את האמור בתקנה 27 לתקנות האג, הקובעת כי:

"מוגנים זכאים [...] והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות, או אינמי אלימות [...]" (הדגשה שלנו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

65. השתלטותם של בוני המבנים על קרקעותיהם של העותרים ועשייה בהם כבשלהם, ללא הפרעה הלכה למעשה מצד המשיבים 1-4, תוך כדי ידיעה ברורה על כך שזהו המצב כפי שעולה מדו"ח שפיגל שהוזכר לעיל, מהווה מעילה בתפקידם והפרה בוטה של המשיבים 1-4 בכל הנוגע לחובותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי והמשפט הישראלי גם יחד. חובה, שכאמור, **מחייבת פעילות אקטיבית לצורך אכיפת החוק**. וכפי שקבע בית המשפט הנכבד בפרשת מוראד:

"אין ספק, כי אחת מהחובות המרכזיות המוטלות על המפקד הצבאי במסגרת זו היא החובה לשמור על כיבוד החוק באזור"
(ראו בג"ץ 9593/04 **מוראד לעיל**, בעמ' 4377).

66. ובפסק הדין בעניין מגרון קבע בית המשפט את הדברים הנכוחים הבאים:

"הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים; זאת, כפי שצוין קודם, אף בהתאם לעמדתה המוצהרת של המדינה אשר הובאה בפנינו פעמים רבות. אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות

הקניין של תושבים אלה. לפיכך אף הציבה המדינה עקרון זה בראש סדרי העדיפויות לאכיפת החוק באזור.

מדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל עולה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט הזה עוד מראשית דיוניו בסוגיית הקמת הישובים באזור יהודה ושומרון. בפרשת אלון מורה הנ"ל, נאמר עוד מפי הנשיא מ' לנדוי:

"... כאשר בזכויות קניין של הפרט המדובר, אין לפטור את העניין בטענה של 'יחסיות' הזכות. לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים" (שם, בעמ' 14-15).

ברוח הדברים שנאמרו בפסק-הדין האמור ובפסקי-דין רבים נוספים שיצאו מלפנינו במשך השנים, נאמר אף אנחנו, כי הדין מחייב את המדינה שלא לנהוג בגרירת רגליים מתמשכת בנסיבות בהן עליה לפעול לאכיפת החוק, במיוחד כך כשהיא עצמה אינה חולקת על חובתה זו.

בג"ץ 8887/06 אל נאבות' ואח' נגד שר הבטחון ואח' [2.8.2011]:

67. הזנחת האכיפה פשטה אומנם בכל התחומים, אולם בתחום דיני תכנון והבניה נראה כאילו הרשויות עצמן לא רק מועלות בחובתיהן מכח דין להימנע מפגיעה העותרים המוגנים אלא אף פועלות, כך נראה, בשיתוף פעולה מלא ולטובתם של המתנחלים פורעי החוק. ראייה לכך ניתן למצוא בדברי עו"ד טליה ששון, **בחוות הדעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים**, היא דו"ח ששון, שקובעת את הדברים החמורים הבאים:

"מתברר כי מאז 1998 הפסיקה יחידת הפיקוח לפקח ולנסות לאכוף את חוקי הבנייה על ישראלים בתחום הישובים באיו"ש. יחידת הפיקוח אינה בודקת ואינה מדווחת על בנייה בלתי חוקית באזורים אלה."

(ט. ששון, **חוות-דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים**, עמ' 217)

ועוד:

"במהלך השנים נבנו שכונות שלמות, בסמוך ליישובים קיימים ללא תכנית מפורטת ואף על קרקעות שאינן קרקעות מדינה; הוקמו מאחזים בתוך תחום השיפוט של ישובים קיימים – ויחידת הפיקוח לא ביקרה שם, לא דיווחה, לא אספה נתונים ולא ביצעה כל תפקיד של פיקוח. (שם, עמ' 219-220)

ובנוגע לחשיבות השמירה על הקניין הפרטי של התושבים הפלסטינים, אומרת עו"ד ששון:

"זכות הקניין היא זכות אדם חוקתית. מחובתו של מפקד האזור להגן על זכות הקניין של מי שנתון לשליטתו. לכאורה, לא יעלה על הדעת שרשויות המדינה הן שיהיו מעורבות בפגיעה בזכויות אדם בסיסיות אלה. אך אין אלה פני המציאות. משרד הבינוי והשיכון מימן עבודות רבות היקף בקרקעות פרטיות של פלסטינים."

(שם, בעמ' 155)

ובנוגע לאי-ביצוע צווי הריסה (ככל שאלו אכן הוצאו בעניינו) אומרת עו"ד ששון את הדברים החריפים הבאים:

"ככל הידוע לי תלויים ועומדים מזה שנים ארוכות אלפי צווי הריסה נגד בניה בלתי חוקית בשטחים של ישראלים... צווי ההריסה אינם מבוצעים. ביצוע צו הריסה מחייב החלטה של שר הביטחון, וזו לא ניתנה בדרך כלל, על-ידי שרי הביטחון השונים במהלך השנים. יוצא שזרועו של המנהל האזרחי הפועלת נגד בניה בלתי חוקית, פועלת למעשה "על ריק". יש להעיר כי עצם הוצאת צווי הריסה שאינם ממומשים תורמת כשלעצמה לאווירה של אי אכיפת חוק"

(שם, עמ' 221; ההדגשות במקור)

68. דו"ח ששון אומץ על ידי ממשלת ישראל, בהחלטת ממשלה מס. 3376 מיום 13/3/2005. הנה כי כן, ניתן לראות כי גם ממשלות ישראל ראו לנכון להפסיק את הפרות החוק ולהבטיח את אכיפת החוק, בכל הנוגע לבנייה הבלתי חוקית בגדה המערבית, לרבות שנים עשר המבנים הנבנים בתוך ההתנחלות כוכב יעקב, נשוא עתירה זו. דא עקא, שחלפו למעלה מארבע שנים מאז פרסום הדו"ח ומאז שאומץ על ידי הממשלה ואילו העבודות על המבנים מתקדמות במהירות שיא ומתקרבות לקראת סיומן, כאילו שלטון החוק והחלטות הממשלה הם חוכא ואיטלולא.

69. למעלה מן הצורך יצויין, כי חרף העובדה שדו"ח ששון יועד מלכתחילה לסוגיית המאחזים, הרי שבסופו של דבר הוא עסק בבנייה בלתי חוקית ברחבי הגדה בכלל. והינה נראה כאילו החלטת הממשלה לאמץ את הדו"ח אינה אלא עלה תאנה בעוד המציאות מראה כי היא עצמה אינה מקיימת את מחויבותיה מכח הדין הבינלאומי והישראלי המוטלים עליה.

III – במבט ממוקד: העדר אכיפה והפרת התחייבות המשיבים לקיים את סדרי העדיפויות שפורטו בתצהירו של ראש המנהל האזרחי שהוגש במסגרת בג"ץ 9051/05

70. כידוע, מחדליהם של המשיבים 1-4 לאכוף את הדין ככל שהדבר נוגע לבנייה בלתי חוקית המתבצעת על ידי ישראלים בגדה המערבית, גרמה להגשת מס' לא מבוטל של עתירות בהן התבקש סעד של כפיית פעולות אכיפה.

71. במסגרת העתירה בבג"ץ 9051/05 **שלוש עכשיו ואח' נגד שר הביטחון ואח'**, נטען כי המשיבים 1-4 נמנעים במכוון ממימוש צווי הריסה למבנים שהוקמו שלא כדין במאחזים הבלתי חוקיים "חרשה" ו-"היובל". בדצמבר 2005 הוצא צו על-תנאי בבג"צ 9051/05 האמור ומאז, ולמשך תקופה של כשלוש שנים, התמקדו הדיונים בעתירה זו בנסיונות לפצח את צופן "תכנית העבודה" של המשיבים בעניין אכיפת החוק על ישראלים הבונים שלא כדין בגדה המערבית.

72. תצהיר המשיב הוגש, לאחר דחיות רבות שנתבקשו (וניתנו) למשיבים, בסופו של יום בתאריך 28.10.2008, והוא צורף כאמור לעתירה וסומן כנספח 8

73. כפי שעולה מתצהיר זה, ניתן לראות כי הוא כולל התחייבות חד-משמעית כי בראש סדרי העדיפויות – שני רק להחלטות אכיפה המבוססות על החלטות שיפוטיות – עומדים צווי הריסה העוסקים בבנייה בשלביה ההתחלתית. מיד לאחר מכן, ניצב בראש מורכן גם הקריטריון המתיחס למימוש צווי הריסה למבנים המצויים במקרקעין מוסדרים בבעלות פלסטיניות הנמצאים בשלבים התחלתיים. וכך מורה אותנו סעיף מס' 4 לתצהירו של המשיב מס' 3 דאז, תא"ל יואב מרדכי, אשר שימש באותה עת כראש המנהל האזרחי:

4. שר הביטחון החליט, כי **לעת הזן** סדרי העדיפויות במימוש צווי ההריסה יהיו בהתאם לתוכנית עקרונית כדלקמן (בנייה בלתי חוקית שהטיפול בה מצוי בסדר עדיפות גבוה, מוצגת בתחילה):

- א. צווי הריסה המבוססים על החלטות שיפוטיות.
- ב. צווי הריסה העוסקים בבנייה בשלבים התחלתיים, בנסיבות בהן קיימת חשיבות למתן מענה מהיר לפני השלמת הבנייה והאכלוס.
- ג. צווי הריסה למבנים המצויים במקרקעין מוסדרים בבעלות פרטית פלסטינית.
- ד. צווי הריסה למבנים המצויים במקרקעין שאינם מוסדרים ואינם בגדר אדמות מדינה.
- ה. צווי הריסה למבנים במאחזים בלתי מורשים שהוקמו לאחר מרץ 2001.
- ו. צווי הריסה למבנים במאחזים בלתי חוקיים שהוקמו לפני מרץ 2001.
- ז. צווי הריסה למבנים המצויים מחוץ לתכניות תכנון מפורטות מאושרות.
- ח. יתר המבנים.

74. ובהמשך תצהירו, מפרט המשיב מס' 3 את הרציונל העומד בבסיס סדר העדיפויות כפי שנקבע על ידי המשיבים, ואת המשמעות אותה יש לייחס לאכיפה של מבנים המצויים בראשית שלבי הבנייה שלהם, וזאת על מנת להביא לעצירת הבנייה בטרם ייאלצו להתמודד המשיבים עם פינויים של אנשים מבתי הנבנו שלא כדין. מיד לאחר מכן מופיע הסבר על חשיבותו של הקניין הפרטי והאינטרס הקנייני של האוכלוסיה המוגנת:

7. הרציונאל העומד בבסיס סדרי העדיפויות שנקבעו הוא זה:

בהתחשב במשאבים העומדים לרשות המשיבים, ובהתחשב בכלל האינטרסים והשיקולים העומדים על הפרק, הטיפול הדחוף בהקשר לבנייה הבלתי חוקית באיו"ש מיועד לעצירה, ולמצער צמצום של התופעה הבלתי חוקית הנ"ל. לפיכך, על-פי החלטתו של שר הביטחון מושם, **לעת הזו**, דגש על טיפול במבנים בלתי חוקיים **חדשים** המוקמים באיו"ש.

שיקול חשוב נוסף הוא האינטרס הקנייני של בעלי קרקעות פלסטיניים, ולכן מוקם בסדר עדיפות גבוה יחסית הטיפול במבנים המוקמים שלא כחוק על מקרקעין מוסדרים בבעלות פלסטינית.

75. לצערנו, המשיבים סברו, ככל הנראה, כי בהגשת התצהיר הם יצאו ידי חובתם, ובכך הסתיימו כל מחויבויותיהם באשר לאכיפת החוק, לבית המשפט, וכלפי העותרים.

76. המאמצים האמיתיים של המשיבים, כך נדמה, מרוכזים בנסיונות להפיס את דעתו של בית המשפט, ולבזוק דברי מתיקה חסרי כל משמעות אופרטיבית מבחינת אכיפת החוק ושמירה על רכושם של העותרים. בצר להם, אין לעותרים כל דרך אחרת אלא לנסות ולהצטייד בצו שיפוטי מבית המשפט אשר יורה למשיבים לקיים את החובה המוטלת עליהם. ונזכיר, כי מילוי החלטות של צווים שיפוטיים הוגדרו בראש סדרי העדיפויות לאכיפת דיני התכנון והבנייה בגדה המערבית, כפי שהצהיר על כך המשיב מס' 3 בתצהירו. המשיבים, אם כן, לא הותירו לעותר כל ברירה אלא לקוות כי בית המשפט הנכבד ייתן לו את הצו המבוקש ובכך תיושם מלאכת אכיפת החוק גם ביחס לקניינם הפרטי תושבים מכפרו.

ד . הסעד המבוקש

77. המצב המתואר בעתירה זו חמור ומקומם. המדובר בהתנהלות חמורה של עצימת עין ומתן "היתר שבשתיקה" לעבירות בנייה המבוצעות על אדמותיהם הפרטיות של העותרים ותושבי האזור המוגנים והכל לצורך הרחבת התנחלות בלתי חוקית.

78. בהעדר כל התייחסות או צעד אכיפה מצד הרשויות, לא נותרה לעותר ברירה אלא לבקש סעד מבית המשפט הנכבד שיכפה על הרשויות, משיבים 1-4, לקיים את חובתם החוקית ולבצע את המוטל עליהן מכוח המשפט הבינלאומי, התחיקה הצבאית והמשפט הקונסטיטוציוני והמנהלי הישראלי.

79. לפיכך, מתבקש בית המשפט להוציא צו שיחייבם לנקוט לאלתר בכל האמצעים הנדרשים כדי למנוע את המשך הבנייה הבלתי חוקית ולנקוט באמצעים העומדים לרשותם למימוש צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה אם הוצאו, אמצעים אשר קיימים אולם מטעמים פוליטיים נמנעים מלאכוף אותם ו/או להוציאם.

80. עמדתנו היא כי באי-אכיפתם של צווי הפסקת העבודות וההריסה אם הוצאו, ובאי-הוצאתם, אם לא הוצאו, מפירים המשיבים 1-4 את חובותיהם החוקיות. כמו-כן עמדתנו היא כי למפקד הצבאי לא רק סמכות להוציא צווים כאמור ולאוכפם, אלא במקרים דוגמת המקרה שלפנינו – **חובה** עליו להוציא צו זה, ולנקוט בכל האמצעים הנדרשים לאכיפתו.

81. לגבי המשיבות 5-6 – מתבקש בית המשפט להוציא גם צו המורה להן להמנע מביצוע כל פעולה, בעצמם או באמצעות אחרים, במישרין או בעקיפין, המסייעת לבוני המבנים, ובכלל זאת להמנע ממתן שירותים כלשהם למבנים, לרבות חיבורם לתשתיות מים וחשמל.

82. ידענו ועל-כן שקלנו היטב טרם הגשת העתירה: בית משפט נכבד זה אמר אמנם לא אחת כי אין הוא נוהג להוציא תחת ידיו צווים דקלרטיביים האומרים כי את החוק יש לאכוף. יחד עם זאת בקשתם של העותרים היא לצו עשה ספציפי המחייב את המשיבים לאכוף את צו הפסקת העבודות וצו ההריסה בנוגע למבנים קונקרטיים הנבנים שלא כדין הישראלי והבינלאומי, ובניגוד גמור להחלטות ממשלה, על אדמות פרטיות בבעלותם של העותרים. ומשכך נמנעת מהם האפשרות לעבדם ולנהוג בהן מנהג בעלים כפי שעשו משך שנים, שימוש אשר נגדע בשל חמדנותם האידאולוגית של אנשי ההתנחלות.

83. צו זה מתבקש בשל סירוב חמור במיוחד, של הרשות השלטונית המוסמכת לקיים את חובתה החוקית ולאכוף את החוק. צו זה נדרש מכיוון שהיקף הבניה הבלתי חוקית מחד והיעדר כל ניסיון אכיפה מאידך (שאין כל דרך לפרשו אלא כמכוון), יוצרים את אותו סף שהפסיקה קבעה להתערבות בית המשפט הנכבד במדיניות אכיפת החוק – התנערות מוחלטת של הרשות מחובתה לאכוף את החוק (ראו: בג"צ 6579/99 **עמיחי פלבר נ' ממשלת ישראל**, תקדין-עליון 99(3) 425:

"אכן, כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק, דבר שאינו קיים במקרה זה, או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר, דבר שלא הוכח במקרה זה"

ועוד לעניין זה ראו:

"אכן, אכיפת החוק, כל חוק, היא יסוד מוסד של שלטון החוק. [...]. אכיפת החוק היא אחד התפקידים העיקריים של כל שלטון. הרשויות המוסמכות אינן רשאיות להתנער מתפקיד זה. כפי שמ"מ הנשיא זילברג אמר בבג"ץ 295/65 **אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות**, פ"ד כ(1) 328, 309 "ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדמורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה".

(בג"ץ 551/99 - **שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ ו-4 אח'**, תק-על 2000(1), 419 עמ' 425)

84. לא מיותר יהיה בהקשר זה לצטט מדבריו של כב' הנשיא שמגר בהתייחסו לחשיבות אכיפת חוקי התכנון והבניה. הדברים הבאים נאמרו על רקע של הפרות דיני התכנון בתחומי הקו הירוק, שם היקף העבירות ומהותן (סגירת מרפסות, הקמת גדרות וכד') נראה מצומצם ומגוחך כמעט לעומת זה המתבצע בהתנחלויות בגדה המערבית - מתוך ר"ע 1/84 **דוויק ואח' נ' ראש העיר ירושלים ואח'**, פ"ד לח (1) 494 בעמ' 500 (ההדגשה הוספה):

"בנייה שלא כדין היא לא רק תופעה החותרת תחת התכנון הנאות של הבנייה, אלא השלכותיה מרחיקות לכת יותר: היא בין התופעות הבולטות הפוגעות בהשלטת החוק. מי שעושה דין לעצמו פוגע באופן הגלוי והברור בהשלטת החוק"

85. בענייננו, הפעילות הנמרצת של בוני המבנים נשוא העתירה היא התרסה ברורה ובוטה כנגד שלטון החוק באזור. למדו המתנחלים באזור כי אין סיכוי של ממש לקבל אישור כנדרש על פי דיני המקום (או חמור מכך - אין צורך בפועל), והחלו לפעול מחוץ ובניגוד לדינים, וגילו כי ניתן לעשות זאת באופן מתמשך ואף להרחיב את פועלם הבלתי חוקי באין כל מפריע. ברור, כי העדר אכיפתו של הצו בדבר שטח צבאי סגור שהוציא המשיב מס' 2, רק מדרבנת הפרת חוק זו עוד יותר. אין הוכחה יותר ניצחת להתנערות המשיבים מחובותיהם, אף באותה עת שהעתירה עודנה תלויה ועומדת בפני בית המשפט הנכבד.

86. ובכן, בתיק שבפנינו, התוצאה העגומה בשטח **מוכיחה בברור ומעל לכל ספק, שהרשויות המוסמכות התנערו ועדיין ממשיכות להתנער לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק** וכן שהן **נמנעות ממילוי חובתן באופן בלתי סביר**.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בפתח העתירה ולאחר קבלת תגובת המשיבים ודיון, להפכו למוחלט.

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי-דינם, בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

העתירה נתמכת בתצהירי העותרים וכן בתצהירו של מר חיים ארליך מנהל ארגון "יש דין ארגון מתנדבים לזכויות אדם" ורכז פרויקט האדמות של הארגון.

תאריך: _____

אבישר לב, עו"ד
מ.ר. 49021

שלומי זכריה, עו"ד
מ.ר. 42714

מיכאל ספרד, עו"ד
מ.ר. 25570

ב"כ העותרים

Z:\Documents\cases\Yesh Din\LandProject\A'akeb\A'akeb-Bagaz(METUKAN)1.doc