

בבית המשפט העליון בירושלים

בשיבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. עמותת ש.ע.ל – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים
(ע"ר 580037430)

העותרים

2. שבתי בנדט,

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או מיכל פסובסקי ו/או סופיה
ברודסקי, כולם מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812; טל:
03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נגד --

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף רוני נומה

2. מפקד מחוז ש"י במשטרת ישראל, ניצב משה ברקת

3. ראש המנהל האזרחי – תא"ל אחוות בן חור

4. היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אביחי מנדלבלית

המשיבים

5. פרקליט המדינה, עו"ד שי ניצן

6. ראש אגף החקירות במשטרה – ניצב גדי סיסו

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

7. מועצה אזורית מטה בנימין – פסגות ד.נ. מזרח בנימין

8. א.ח. כלפון – עפר פיתוח ותשתיות בע"מ ח"פ

, רחוב הדקל 150, בר גיורא, 9988000

9. ועד המקומי עלי – ד.נ. אפרים 4482800

10. עלי – אגודה שיתופית חקלאית להתישבות קהילתית

בע"מ, ח"פ 570029058, רחוב הארז 5, עלי 4482800

ת.ד: 2

עתירה לצו על תנאי, לצו ביניים ולצו ארעי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו -

1. למשיבים 1-3 ו-7: מדוע לא ינקטו ללא דיחוי בכל הפעולות הנדרשות שבסמכותם בכדי להפסיק לאלתר את עבודות הבנייה והאכלוס (להלן: "העבודות") המתבצעות באתר הבנייה החדש במאחז הבלתי מורשה היובל (להלן: "האתר" ו-"המאחז" בהתאמה) שבסמוך להתנחלות "עלי" (להלן: "ההתנחלות") שבגדה המערבית.
2. למשיבים 1-3 ו-7: מדוע לא יוציאו צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה למבנים הבלתי חוקיים באתר ומדוע לא יממשם;
3. למשיבים 4-6: מדוע לא יפתחו ללא דיחוי בחקירה פלילית של החשד שבוצעו עבירות נרחבות במסגרת הבניה הבלתי חוקית בשכונה, בין היתר על-ידי המשיבים 7 ו-8.

צילום אוויר של ההתנחלות והמאחז ועל גביו סימון של האתר בו מבוצעת הבנייה מושא עתירה זו, מצ"ב לעתירה זו ומסומן נספח 1;

זוהי גם עתירה לצו ביניים לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות:

1. למשיבים 1-3 וכן למשיבה 7: לנקוט בכל הפעולות הדרושות כדי לעצור באופן מידי את כל עבודות הבניה המבוצעות באתר – ובכלל זאת, מבלי לפגוע בכלליות האמור, לעצור את פעולות בנייה של המבנים, עבודות תשתית ופיתוח, פריצת דרכים וסלילה, וכן למנוע כל איכלוס של המבנים באתר.
2. למשיבים 7-10: להימנע מביצוע כל עבודות בניה מכל סוג שהוא באתר, וכן להמנע ממתן סיוע ישיר או עקיף לעבודות הבניה, בעצמם או באמצעות אחרים;
3. למשיבים 3, 7-10: להימנע מביצוע או מסיוע ישירות או בעקיפין לביצוע של כל עסקה במבנים או בקרקע שבאתר ובכלל זאת ומבלי לפגוע בכלליות האמור, כל העברת זכויות בהם, מכירה, החכרה, השכרה, הקצאה, אכלוס, הענקת זיקת הנאה או כל זכות קניינית אחרת, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, בין מיידית ובין מותנית.

והכל עד לקבלת פסק דין סופי בעתירה זו.

זוהי גם עתירה לצו ארעי לפיה העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להוציא צו ארעי שתוכנו זהה לצו הביניים, עוד בטרם קבלת תגובת המשיבים לבקשה לצו ביניים, ושיעמוד בתוקפו עד להחלטה בבקשה לצו ביניים.

הנימוקים לבקשה לצו ביניים ולצו ארעי מפורטים בסוף העתירה.

ואלה הנימוקים בעתירה לצו על תנאי:

i. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בבנייה במאחז הבלתי מורשה היובל (להלן: "המאחז") שבהתנחלות עלי (להלן: "ההתנחלות"). המדובר בבנייה המתוכננת לכלול עשרות יחידות דיור הנבנית כולה תוך הפרת דיני התכנון והבניה, בניגוד ליעודי הקרקע הקבועים בתכנית המתאר שבתוקף, ללא היתרי בניה חוקיים ולמיטב ידיעתנו ללא הסכמה של הגורם שמנהל את הקרקע בנאמנות על-פי דיני הכיבוש הבינלאומיים – המנהל האזרחי.
2. הבנייה אם כן באתר מושא עתירה זו הינה בגדר הפרת דין נרחבת.
3. ההתנחלות הוקמה בשנת 1984 והיא נמנית עם יישובי גוש שילה שבחבל בנימין בגדה המערבית.
4. המאחז (המתואר לעיתים כ"שכונה" של ההתנחלות) הוקם בשנת 1998 והוא מאכלס משפחות רבות ובין היתר, אבוי לבושה, מתגורר בו עוזר שר הביטחון לענייני התיישבות מר קובי אלירז. מאז הקמתה הספיקה היובל כבר להיות מושאן של שתי עתירות שונות הנוגעות לבנייה בלתי חוקית עליהן יורחב בהמשך.
5. עתירה זו מוגשת על רקע בנייה בשכונה אשר החלה בשלהי-2016 וכיום נמצאת לקראת סופה.
6. הבניה בשכונה נעשית על אדמות ציבור המכונות גם אדמות מדינה, והיא נבנית בניגוד לחוק ללא תב"ע בתוקף.
7. עבודות הפיתוח והבניה בשכונה מבוצעות במהירות מסחררת. מדובר ב-14 בתים, חלקם דו-משפחתיים, אשר בהם כ-20 יחידות דיור. עבודות התשתית בשכונה החלו אך בספטמבר 2016 וכיום הבניה כבר נמצאת לקראת סיומה.
8. כבכל מקרה של בנייה שהיא חלק מהפשע המאורגן הגדול ביותר שישראל ידעה אי-פעם בתחום התכנון והבניה – פשע הקמת המאחזים, גם במקרה זה זרוע רשויות אכיפת החוק אינה מורגשת. ניסיונות נואשים מטעם העותרים להתריע על המתרחש לא זכו למענה ענייני וניכר כי המשיבים כולם מתייחסים בשוויון נפש גמור לעבירות הבניה המתרחשות לנגד עיניהם (ואם נהיה גלויים יותר לגבי מה שאנו סבורים לגבי "היסוד הנפשי" של הרשויות בפרשה זו, נאמר שהדרג המדיני מעוניין בבניה, תומך בה ומרוצה מהפרת החוק הנרחבת ולפיכך קושר את ידי הדרג המקצועי מלנקוט בהליכי אכיפת החוק הנדרשים. כמובן שאחריותו של הדרג המקצועי שרירה וקיימת ולא מדובר בדרג שמתקומם נגד הפוליטיזציה של אכיפת החוק אלא מתמסר לה).
9. בלית ברירה ולאחר שהעותרים עשו כל מה שיכלו כדי לגרום למשיבי המדינה והשלטון המקומי לנקוט בפעולות הנדרשות, מוגשת עתירה זו.
10. בנוסף, במרכזה של העתירה גם ההימנעות התמוהה של המשיבים 4-6 מפתיחה בחקירה פלילית של פרוייקט הבנייה הבלתי חוקית.
11. למיטב ידיעת העותרים הבנייה נמשכת גם ברגעים אלה.
12. כל בנייה בלתי חוקית מחייבת חקירה והעמדה לדין של העבריינים, אבל לבנייה במאחז מושא עתירה זו יש הקשר רחב ההופך את החקירה במקרה זה להכרחית וחשובה במיוחד.

13. כפי שכבר צויין ועוד יפורט בהמשך כתב עתירה זה, הבנייה במאחז היא חלק מתופעה המוכרת היטב לבית המשפט הנכבד, של בנייה בלתי חוקית נרחבת ומטעמים אידאולוגיים (כמו גם כלכליים) של ישראלים ברחבי הגדה המערבית. לבנייה זו השלכות כבדות הן במישור המדיני והן במישור של זכויות הקהילות הפלסטיניות השכנות.
14. יתרה מכך מודבר במאחז שבנייתו והבנייה הנמשכת בו מהווה לא פחות מסטירה בפרצופו של שלטון החוק. כפי שיוסבר בהמשך, אי החוקיות בה נגוע המאחז כבר הגיעה לפתחו של ביהמ"ש בכמה הזדמנויות קודמות, בהן התקבלו החלטות על בסיס ההנחה כי המדינה תסדיר את הבנייה בו. אך הזמן נקף, השנים חלפו, והפעילות הבלתי חוקית לא רק שלא הופסקה אלא אף התרחבה תוך שמבנים חדשים רבים הוקמו בו.
15. הבנייה ב"היובל", מצטרפת אם כן לתופעה חמורה של מחדל אכיפתי כלפי "מכת מדינה", או "פשע מאורגן" בגדה המערבית בכלל, ובשטחי המועצה האזורית מטה בנימין בפרט, שהיא מועצה אזורית שעוד ילמד בעתיד כיצד הפכה חממה לפשיעה אידאולוגית ואיך השלטון המקומי בה שימש כמרכז העצבים של פרויקט הפרת חוק. המחדל חמור במיוחד על רקע העובדה שלאורך השנים התריעו מפניו דו"חות ממשלתיים ופסקי דין של בית המשפט הנכבד.
16. משום כך, ובליט ברירה מוגשת עתירה זו.

ii. הרקע העובדתי

I. הצדדים לעתירה

17. העותרת מספר 1, עמותת "ש.ע.ל – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים" הינה הגוף המשפטי במסגרתו פועלת התנועה הפוליטית החוף-פרלמנטרית "שלום עכשיו" אשר חותרת להשגת שלום בר קיימא בין מדינת ישראל ושכנותיה. העותרת עוסקת, בין היתר, בפעילות חינוכית לקידום השלום באמצעות פרסום חומרי הסברה, כינוס אסיפות הסברה וכיו"ב.
18. העותר מספר 2, שבתי בנדט הינו רכז פרויקט מעקב התנחלויות אצל עותרת מספר 1. במסגרת תפקידו העותר 2 מבצע מחקרים הנוגעים למדיניות ממשלת ישראל בנוגע להתנחלות בשטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים וכן מסייר ברחבי הגדה המערבית ומתעד את הבנייה בהתנחלויות.
19. המשיב מספר 1, הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. בפרט, אמון המשיב 1 על שמירה על הסדר הציבורי והגנה על הרכוש הפרטי והציבורי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית.
20. המשיב מספר 2, הינו מפקד מחוז ש"י במשטרת ישראל אשר אמון, בין היתר, על אכיפת החוק על ישראלים מפרי חוק בגדה המערבית.
21. המשיב מספר 3, הינו ראש המנהל האזרחי אצל המשיב מס' 1 והוא הוסמך על-ידו להפעיל סמכויות שעניינן החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. בין היתר אמון המשיב מס' 3 על אכיפת חוקי התכנון

- והבנייה החלים באזור, לרבות הוצאת צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה באזורים שאינם תחת סמכות הרשויות המקומיות.
22. המשיב מספר 4 – היועץ המשפטי לממשלה – הינו הגורם המשפטי הבכיר ברשות המבצעת ובין יתר תפקידיו משמש כראש התביעה הכללית. החלטה על הגשת כתבי אישום נגד נבחרי ציבור מסורה על-פי חוק למשיב מספר 4.
23. המשיב מספר 5 פרקליט המדינה – עומד בראש פרקליטות המדינה והוא בעל הסמכות להגיש כתבי אישום פליליים בשם מדינת ישראל.
24. המשיב מספר 6 ראש אגף חקירות ומודיעין במשטרת ישראל – עומד בראש האגף שתפקידו להוביל, לרכז ולתאם את כלל פעילות משטרת ישראל במלחמתה בפשיעה, ובכלל זאת בנוגע לחקירות פליליות.
25. שלושת המשיבים 4-6 הינם בעלי סמכות להורות על פתיחה בחקירה בחשד שבוצעו עבירות פליליות, ולפיכך הם בעלי הסמכות להעניק את הסעד השלישי המתבקש בתיק זה.
26. המשיבה מספר 7, המועצה האזורית מטה בנימין, היא הרשות המקומית שבתחומה מתבצעת פעילות הבנייה מושא עתירה זו ובידיה סמכויות האכיפה בתחומי תכניות המתאר שבתחומה. כפי שיפורט להלן, משיבה זו לא רק מודעת לבנייה האמורה אלא שהיא אף מעורבת במימונה ובוודאי שלא פועלת לאכוף את החוק ולעצור את הבניה.
27. המשיבה מספר 8, א.ח. כלפון חברה לעבודות עפר תשתיות ופיתוח בע"מ, היא החברה הקבלנית שעוסקת בביצוע עבודות העפר והתשתיות במאחז, כפי שעולה מהמידע שסופק לעותרות במסגרת עתירת חופש המידע של העותרת 1 נגד המועצה האזורית מטה בנימין בעת"מ 160/15 (להלן: "עתירת חופש המידע"). מדובר בעבודות נרחבות ביותר המהוות חלק מהותי בבניית השכונה.
- העמוד הרלוונטי מטבלת המידע שהועברה לעותרת 1 במסגרת עתירת חופש המידע וקושר את א.ח. כלפון לעבודות הבלתי חוקיות בשכונה, מצ"ב ומסומן נספח 2.**
28. המשיב מספר 9, הועד המקומי עלי, הינו הגוף המייצג את תושבי ההתנחלות במסגרת המשיבה מספר 7 והוא ראשי לעשות שימוש בסמכויות שלטוניות מסויימות כאשר המשיבה 7 מסמיכה אותו לכך וכל עוד הוא אינו סותר את החלטותיה. כמו כן המשיב מספר 9 הינו הגוף אשר מייצג בצורה הישירה ביותר את תושבי המקום.
29. המשיבה 10, האגודה השיתופית עלי, הינה הגוף המנהל את ההתנחלות ובה מקבלים חברי האגודה החלטות בנושאים כלכליים, חברתיים, חינוכיים וכו'. בין היתר עשויה האגודה גם לעסוק בהקצאות שטחים וביוזמות בנייה.
30. יצוין כי לעותרים לא ידועה זהות המתגוררים בשכונה, ככל שכבר עברו להתגורר בה משפחות, אך ידוע להם כי יתכן שנעשו רכישות של מבנים שנבנו או עומדים להיבנות בשכונה על-ידי צדדים שלישיים כלשהם. לפיכך, המשיבות 7 ו-9 שאמורות לייצג את הקהילה הישראלית המתגוררת במקום צורפו גם מטעם זה לעתירה, וכמובן שאם ידועה להן זהות המתגוררים במבנים בשכונה ו/או צדדים שלישיים שטוענים לזכויות במבנים, נבקש כי ידווחו על כך לבית המשפט על מנת שניתן יהיה לצרפם כמשיבים.

31. "שכונת" היובל (כיבוס מילים למאחז) הוקמה בשנת 1998 וכיום מתגוררות בה 40 משפחות לפי האתר של תנועת ההתיישבות אמנה.

32. כאמור לעיל, השכונה כבר עמדה במרכזן של שתי עתירות הנוגעות לאי חוקיות הבנייה בה :

א. בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 20.8.2014) : העותרת 1 בעתירה הנוכחית הייתה גם העותרת בעתירה שם. עניינה של העתירה שם היה אכיפתם של צווי הריסה שהוצאו כנגד 12 מבני קבע אשר נבנו במאחז על אדמות סקר, אדמות מדינה ואדמות פרטיות. ביום ה- 23.11.2005 הוצא צו על תנאי כמבוקש. במרוצת הזמן, ובהתאם לתוצאות הסקר הראשוני שנערך, הודיעה המדינה על כוונתה להסדיר את המבנים שעל אדמות שעמדו להיות מוכרזות. ואכן ביום 26.06.2011, הוכרזה האדמה עליה כמעט כל המבנים מושא העתירה שם כאדמות מדינה. שני חלקי בתים ומבנה שלם אחד נותרו על קרקע בלתי מוכרזת קרי : קרקע שהליך הסקר הבהיר כי הינה בבעלות פרטית. המדינה הצהירה כי תפעל להסדרת המבנים שבאדמות מדינה ולמימוש צווי ההריסה ביחס לבתים שלא נכללו בהכרזה.

ב. בג"ץ 2759/09 עבד אל נאצר חמד לבוס – ראש מועצת הכפר קריות נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 20.8.2014) : עתירת ראש מועצת הכפר קריות שעל אדמותיו הוקם המאחז, למתן צו ביניים לאכיפתו של צו הפסקת עבודה וצו הריסה שהוצאו כנגד הכביש המחבר בין מאחז היובל להתנחלות עלי. הכביש הנ"ל נבנה ללא היתר על אדמות סקר ואדמות פרטיות. ביום 5.4.2009 ניתן צו ביניים האוסר על המשך העבודות בכביש אך כמקובל בגדה המערבית, העבודות נמשכו. בהכרזה על אדמות מדינה שהוזכרה לעיל משנת 2011 נכללו גם חלקים מהכביש, אך קטעים ממנו עדיין נותרו במעמד של אדמות בבעלות פרטית.

33. לאחר שחלפו מספר שנים מבלי שהוסדרה הבניה בשכונה ומבלי שנהרסו המבנים והכביש שאינם ניתנים להסדרה, פנתה שוב העותרת 1 לביהמ"ש בדרישה לאכיפת הצווים שהוצאו. שתי העתירות נדונו במאוחד וביהמ"ש הנכבד קבע ביום 20.8.2014 כי אין לקבל את העתירה ביחס לבתים שבהכרזה, תוך שהוא קובע כי **ניתן לצפות מהמדינה לפעול בהקדם על מנת לקיים את הליכי התכנון בנוגע לחלקות שבאדמות מדינה**. בנוגע לשאר החלקות הקציב ביהמ"ש למדינה משך זמן של כשנה על מנת לממש את צווי ההריסה, ובסופו של דבר אכן נהרס מבנה אחד בשכונה וחלקים מהכביש המוביל אליה נחרצו.

34. המצב כיום : גם כיום, שנים לאחר הצהרות המדינה על כוונה להסדיר את מעמד מבני המאחז שעל קרקע מוכרזת, וגם לאחר החלטות ופסקי הדין של בג"ץ שניתנו בהסתמך על אותן הצהרות, לא הוכנה תב"ע וגם המבנים מושא ההליכים הקודמים, שנבנו על קרקע שלאחר הבנייה הוכרזה כאדמת מדינה נותרו בלתי חוקיים.

35. וכעת, כאילו בכוונה להוסיף חטא על פשע, מבוצעת במאחז בנייה בלתי חוקית נרחבת נוספת של עשרות יחידות דור. שלטון החוק וקביעות בית משפט נכבד זה בעשרות פסקי דין מושמים שוב ללעג בידי כנופיית המאחזים אשר עושה בשטח כבשלה ללא שום התחשבות בשלטון החוק ובנציגיו. אתר הבנייה החדש נבנה, כמעט מיותר לציין, מבלי שאושרה לו תב"ע, על אדמות שדיני הכיבוש מסרו בנאמנות לניהולו של המנהל האזרחי שלמיטב ידיעת העותרים לא הסכים לבניה, ולאור כל אלה

כמובן גם בלי היתרי בנייה חוקיים. היות והאתר מצוי בתוך תחום ללא תב"ע בתוקף מלבד תוכנית S15 המנדטורית, המייעדת את הקרקע לחקלאות, האחריות על אכיפת הדין נופלת על כתפי יחידת הפיקוח של המנהל אזרחי (הפועלת תחת המשיב 3).

36. למיטב ידיעת העותרים, כפי שיתואר בחלק המפרט את מיצוי ההליכים, ככל הנראה הוצאו צווי הפסקת עבודה, וייתכן אף צווי הריסה, אך אלו לא מומשו והבנייה במתחם ממשיכה באין מפריע.

III. העבודות מושא עתירה זו, אי חוקיותן והעבירות שנעברו לכאורה

37. כאמור, העבודות להקמת השכונה החדשה בתוך המאחז החלו בספטמבר 2016, עם חפירת היסודות והכשרת המגרשים. עד רגע הגשת עתירה זו הוקמו 14 מבנים בהם כ-20 יחידות דיור.

38. תכנית המתאר החלה באתר היא התכנית המנדטורית S15 המייעדת את האזור לחקלאות. אין כיום תב"ע למגורים לשטח המאחז. טיוטת תב"ע המיועדת למתחם המזרחי של ההתנחלות עלי ומשנה את הייעוד מחקלאות למגורים, שמספרה 237/3, הוכנה והיא כוללת את שטח המאחז ואתר הבנייה שבו, אך היא טרם עברה ולו שלב סטטוטורי ראשון (התכנית מונחת על שולחנה של מועצת התכנון העליונה, אך עדיין לא אושרה לדיון כלשהו על ידי שר הביטחון).

עמוד פרטי תב"ע 237/3 מאתר מנהל התכנון מצ"ב ומסומן נספח 3

39. מכל מקום, העותרים אספו מידע לגבי הבנייה המתנהלת במקום, ולהלן הממצאים שבידם:
א. ביום 27.09.2016 ביקרו נציגי העותרים במקום וגילו לראשונה את תחילת עבודות התשתית שנערכו במקום.

ב. בביקורים נוספים שנערכו בחודשים שלאחר מכן הסתבר שמדובר בהכשרת מגרשים, חפירת יסודות והקמת מבנים.

ג. בביקור האחרון, ב-19.02.2018, תיעדו העותרים את הבתים בשלבים מתקדמים מאוד של בניה.
העתק תמונות מהימים 27.09.2016, 26.6.2017, 09.11.2017 ו-19.02.2018 מצורפים ומסומנים

כנספח 4

40. כמו כן ידוע לעותרים ממידע שהועבר להם מהמועצה האזורית מטה בנימין במסגרת עתירת חופש המידע, כי המועצה האזורית מטה בנימין שכרה את שירותי א.ח. כלפון חברה לעבודות עפר, פיתוח ותשתיות בע"מ לעבודות ב-"שלב ב' בעלי שכונת היובל" בעלות של 869,028.24 ₪ שמתוכם שולמו לפחות 806,089.05 ₪.

41. נראה אם כן שנציגי המועצה האזורית בנימין, האמונה - איזו בדיחה - על אכיפת דיני התכנון והבניה בשטח האתר, לא רק מודעים היטב לפרויקט העברייני אלא אף מעורבים במימונו.

42. המעורבות של המועצה האזורית מטה בנימין בהקמת השכונה ובבנייתה ראויה לציון מיוחד שכן מדובר ברשות ציבורית שאמורה לאכוף את חוקי התכנון והבנייה ולוודא שלא יבוצעו עבירות בתחומה. כפי שניתן לראות מהמידע שפורט – השוטרים הצטרפו במקרה זה לכאורה לגנבים ולא רק שלא עצרו את הפרת החוק אלא סייעו לה במימון.

43. הדבר חמור במיוחד שכן מעשיה ומחדליה של המועצה בתורם מכשילים גם אחרים, ועלולים אף להוליך שולל תושבים תמימים שיטעו לחשוב שמדובר בבניה חוקית מגובה ע"י המוסדות הרשמיים, ויעשו צעדים שעלולים לסבך אותם בעתיד. (ראו למשל ת"א 57108-06-13 **אילן שלמה ואח' נ' מועצה מקומית קדומים ואח'** (פורסם בנבו, 21.12.2016), בו פסק ביהמ"ש המחוזי בירושלים שמועצת

ההתנחלות קדומים תשלם פיצויים בסך 580,000 ₪ לתושבים שהוטעו ע"י המועצה לחשוב שביתם חוקי).

44. ניתן להניח כי ראש המועצה האזורית מטה בנימין, מר אבי רואה, מודע היטב לעבירות הבנייה ולשכונה הנבנית באופן בלתי חוקי בתחומי המועצה, שכן הזמנת קבלנים בסכומים כה גבוהים הגיוני כי תובא לאישורו או למצער לידיעתו.

45. יצויין כי בעניינו של יו"ר המועצה האזורית מטה בנימין, מר אבי רואה, הוגשה עתירה (בג"ץ 8088/14 נג'אח מבראק מוסא פרחאת נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.9.2017)) שבה נתבקש בית המשפט להורות למדינה להגיש כתב אישום בנוגע למעורבותו בבנייה לא חוקית של מתקן טיהור שפכים ליד ההתנחלות עפרה, בנייה שנעשתה בניגוד לחוק ועל אדמתם הפרטית של אזרחים פלסטיניים. במסגרת הליך זה, ולנוכח הערות והחלטות השופטים, החליט היועץ המשפטי לממשלה, לייחס למר רואה עבירה של מתן היתר שלא כדין ולחתום עימו על הסדר מותנה, אותו אישר בסופו של דבר בית המשפט הנכבד. עם זאת, כבוד השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות מצאה לנכון באופן חריג ויוצא דופן לציין לגבי את הדברים החמורים הבאים:

"אין לחד, במקרה שלפנינו קיימים שיקולים כבדי משקל המטים את הכף אל עבר העמדה לדין. המעשים שיוחסו לרואה וולרשטיין ושבחם הסכימו להודות במסגרת ההסדר המותנה הם חמורים במיוחד. רואה וולרשטיין, נבחר ציבור, הודו בכך שניצלו את כוחם השלטוני ועשו שימוש במשאבי ציבור על מנת להוציא אל הפועל בנייה בלתי חוקית..." (פסקה 15 לפסק דינה)

46. ובנוסף כי-

"במעשיהם, שכללו מתן אישורים והיתרים בעל-פה ובכתב בחוסר סמכות ביודעין, הפגינו רואה וולרשטיין זלזול והתעלמות מעקרונות יסוד המגולמים בשלטון החוק..." (שם, ההדגשה שלנו)

47. וכבוד השופטת דפנה ברק ארז הוסיפה וקבעה:

"ההחלטה בעניין זה אינה קלה. למעשה מבחינתי היא הייתה "כחוט השערה" מקבלת החלטה אחרת. ההתרחשויות העומדות ביסוד הפרשה שבפנינו הן חמורות מאין כמותן..." (פסקה 1 לפסק דינה)

48. וגם

"פעולה של הפרת חוק אינה יכולה להיחשב אף פעם לגיטימית, גם כאשר היא נובעת מטעמים אידיאולוגיים ואחרים, שאינם נוגעים להפקתן של טובות הנאה פרטיות. על כן, מנקודת מבטי ביצוע הפעולות הבלתי-חוקיות בשם מה שנתפס כאינטרס הציבורי אינו טעם לקולא במקרה מסוג זה" (פסקה 4 לפסק דינה)

49. עניינו הרואות כי מעשיו של מר רואה טובלים עד צוואר בזלזול בוטה בשלטון החוק ובניצול כוחו הסטטוטורי לביצוע לכאורה של עבירות על בסיס אידאולוגי.

50. העותרת 1 פרסמה בינואר 2017 את הדוח "קומבינת המאחזים" שבו מפורט המנגנון שמאפשר את הקמת המאחזים ומימנם, ובין השאר מפורטת המעורבות של הרשויות המקומיות בשטחים ואת הדרכים שבהם הן מממנות, מאשרות ומאפשרות את הבנייה הבלתי חוקית. מהדוח עולה, למשל, כי התופעה של מתן היתר שלא כדין, שמיוחס כאמור לאבי רואה בעניין מט"ש עפרה, מהווה שיטה של ממש לפיה המועצות מנפיקות היתרי בניה פיקטיביים ובכך מאפשרות למתנחלים לקבל משכנתא ולהתחבר לתשתיות. לקריאת הדוח ראו כאן: http://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2017/02/TheCombina_Heb.pdf

51. אם כן, מחדלן של המועצות האזוריות, והמועצה האזורית בנימין בפרט, מלאכוף את הבנייה הבלתי חוקית בשטחים, ואף עידוד פעיל של התופעה על-ידן היא בגדר "מכת מדינה", שלא לומר "פשע מאורגן", שמחייבת התייחסות רצינית של גורמי אכיפת החוק, כמו גם של הגורמים המינהליים האמונים על הפיקוח על פעולות הרשויות המקומיות, קרי משרד הפנים.

52. העבירות שבוצעו לכאורה: לאור העובדה שהבנייה כולה במקום נעשית ללא היתרי בניה חוקיים ומבלי שאושרה תכנית מתאר המאפשרת הוצאת היתרי בניה לשכונת מגורים, כל המעורבים בבנייה לכאורה מעורבים בביצוע עבירות פליליות, ולכל הפחות עבירות אלה:

- א. **בניה בלתי חוקית**, לפי סעיף 37ב (א)(ב)(ג)(ד) של הצו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה ושומרון) (מס' 418), התשל"א-1971 החל בגדה המערבית; וכן -
- ב. **שולח יד ברכוש ממשלתי**, לפי סעיף 6(5) לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1967; וכן -
- ג. (אם הוצאו צווי הפסקת עבודות ואלו הופרו) **הפרת הוראה חוקית** לפי סעיף 287 (א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977;
- ד. (אם המועצה האזורית, כפי שקרה בעבר ובין היתר בפרשת מט"ש עפרה הנ"ל, הנפיקה היתרי בניה פיקטיביים: **תעודה כוזבת** לפי סעיף 281 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977);

53. למרות ראיות ברורות לביצוע עבירות כאמור, ולמרות שהמידע הועבר למשיבים מבעוד מועד, עד לרגע כתיבת שורות אלה למיטב ידיעת העותרים לא נעצרה הבנייה, לא בוצעו צווי הריסה כלשהם ולא נפתחה חקירה לבירור החשדות כאמור.

54. מכאן עתירה זו.

IV. מיצוי הליכים:

55. ביום 19.12.2017 שלחו העותרים מכתב למשיב 3, ראש המנהל האזרחי ביו"ש תת אלוף בן חור אחוות, וליועץ המשפטי לעוזר יהודה ושומרון, אלוף משנה אייל טולדאנו, בדרישה כי ינקטו בפעולות

הדרושות להוצאה ואכיפה של צווי הפסקת עבודות בנוגע לבנייה הבלתי חוקית באתר. במכתב נאמר כי במאחז נבנים 14 מבנים על שטח ללא תב"ע בתוקף וכי תב"ע 237/3, הכוללת את השטח, טרם אושרה לדיון כלשהו ע"י שר הביטחון.

העתק ממכתב העותרים מיום 19.12.17 מצ"ב ומסומן נספח 5

56. באותו היום נשלח מכתב נוסף, למשיבים 4 ו-6, היועמ"ש לממשלה ד"ר אביחי מנדלבלית וראש אגף החקירות במשטרת ישראל, ניצב גדי סיסו, בדרישה לפתוח בחקירה בנוגע לבנייה הבלתי חוקית.

העתק ממכתב העותרים מיום 19.12.17 מצ"ב ומסומן נספח 6

57. ביום 04.01.2018 התקבלה תגובת יועמ"ש איו"ש בה אישר קבלת המכתב ונמסר כי הפנייה הועברה לטיפול גורמי המקצוע הרלוונטיים.

העתק תשובת יועמ"ש איו"ש מיום 04.01.18 מצ"ב ומסומן נספח 7

58. ביום 10.01.2018 התקבלה תשובה מהמטה הארצי/האגף לחקירות ומודיעין בה נמסר כי הפניה הועברה לבחינת הגורמים המוסמכים בפרקליטות המדינה.

העתק תשובת האגף לחקירות ומודיעין מיום 10.01.18 מצ"ב ומסומן נספח 8

59. ביום 25.01.2018 התקבלה תשובת לשכת היועמ"ש לממשלה בה נאמר כי הפנייה הועברה לטיפול של לשכת פרקליט המדינה

העתק תשובת לשכת היועמ"ש לממשלה מיום 25.01.18 מצ"ב ומסומן נספח 9

60. באותו היום התקבלה תשובה כבר מלשכת פרקליט המדינה אשר מסרה כי הטיפול בפנייה הועבר לטיפול המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים).

העתק מתשובת לשכת פרקליט המדינה מיום 25.01.18 מצ"ב ומסומן נספח 10

61. מכתב נוסף התקבל ביום 04.02.2018 מאת לשכת ראש המנהל האזרחי בה נאמר כי נגד המבנים מושא הפנייה ננקטו הליכי פיקוח ונמסר צו תכנוני [כך במקור]. כמו כן נכתב כי מימוש האכיפה יקבע בהתאם לסדר העדיפויות.

העתק מתשובת לשכת ראש המנהל האזרחי מיום 04.02.2018 מצ"ב ומסומן נספח 11. בשיחת הבהרה שנערכה עם עובד הלשכה התברר כי במכתב נכללה טעות הקלדה ("צו תכנוני תכנונים" במקום "צו תכנוני").

62. המכתב האחרון בנושא התקבל ביום 15.03.2018 ובו כתבה המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), עורכת הדין נורית ליטמן, כי הנושא נבחן בשיתוף עם רשויות מדינה רלוונטיות נוספות

העתק מתשובתה של עו"ד ליטמן מיום 15.03.2018 מצ"ב ומסומן נספח 12

יש לציין כי לפי מידע שהועבר מהמינהל האזרחי לפי חוק חופש המידע על צווי הריסה בהתנחלויות

(שכבת מערכת מידע גאוגרפי, GIS), הוצא צו מס' ש/015/17 (לא צויין תאריך) נגד "הכשרות שטח וחלוקה למגרשים ע"י חומת בטון – 12 דונם", בשטח נשוא העתירה.

63. הנה כי כן, הדרישות לביצוע פעולות אכיפה וחקירה בנוגע לאי החוקיות המשתוללת בשכונה נענו בתשובות לקוניות, אשר נדמה כי כל מטרתן הינה משיכת הזמן עד לקביעת עובדות בשטח ובתקווה ליצירת מציאות בלתי הפיכה. הרשויות האמונות על אכיפת החוק נוהגות בשאננות חולמנית כלפי ההפרות השיטתיות המתבצעות בתחום אחריותן במקרה הטוב, ובסייענות מכוונת לעבריינים במקרה הרע. במשך למעלה משנה מתרחשות ההפרות (הנוכחיות) בשיטתיות, ולמעלה משלושה חודשים חלפו מאז התלונונו בפניהם העותרים ולא התקבלה ולו תשובה עניינית אחת בנוגע לפשעים עליהם דיווחו. חשוב להדגיש כי בעניין הפתיחה בחקירה, כל יום שעובר עלול לפגוע ביכולת לחקור, וכבר קרו מקרים בתחום זה, שתיקים נסגרו בעילה של "חלוף הזמן".

64. במצב דברים זה לא נותרה לעותרים כל ברירה אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשה כי יעניק סעד בדמות צווים שיפוטיים אשר יביאו לעצירת הפעילות הבלתי חוקית בשכונה ולפתיחה בחקירה.

V. ההקשר ההיסטורי: הכשל המתמשך באכיפת הדין על ישראלים בגדה בכלל, ובתחום הבנייה בפרט

1. היעדר האכיפה על ישראלים בגדה באופן כללי

65. עשרות אלפי ואולי מאות אלפי מילים נכתבו על היעדרה של אכיפת חוק אפקטיבית על ישראלים מפרי חוק בגדה המערבית. בעיית אכיפת החוק על ישראלים מלווה את הכיבוש הישראלי מאז החל מפעל ההתנחלויות.

66. בתחילת שנות השמונים, בעקבות בג"ץ 175/81 אל נאתשה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה (3) 361, שם התלונונו 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 ("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.

67. 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 ראייה 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"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 554"

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

בעקבות פרסום דו"ח שמגר ואימוץ מסקנותיו, הוקם המחוז השישי של משטרת ישראל, הוא מחוז ש"י. 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)

68. בסעיף 6 קבע הנוהל כך:

"1. משטרת ישראל תהיה אחראית לטיפול באכיפת החוק והסדר בתוככי הישובים הישראליים. צה"ל יהיה אחראי לטיפול במעטפת שמחוץ לישוב (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."

69. 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.

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

ראו, בין היתר:

"מראית החוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית", יש דין (יוני 2006);
"אדמה שדודה: חסימת הגישה של פלסטינים לקרקע סביב התנחלויות", בצלם, (ספטמבר 2008);

"חרב הגירוש: אלימות, התנכלויות ואי-אכיפת החוק בדרום הר חברון", בצלם (יולי 2005);
"הכל צפוי והרשות נתונה: טיפולן של רשויות אכיפת החוק בהתקפות של מתנחלים על מוסקי זיתים", בצלם (נובמבר 2002);

"עומדים מנגד: אי-אכיפת החוק על מתנחלים בחברון", בצלם (אוגוסט 2002);

"גזל הקרקעות: מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית", **בצלם** (מאי 2002);
"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);
"מעט מדי ומאוחר מדי: פיקוח פרקליטות המדינה על חקירת עבירות אזרחים ישראלים
נגד פלסטינים בשטחים", **יש דין** (מאי 2008)
"עומדים מנגד – תפקודם של חיילים בעת עבירות של אזרחים ישראלים הפוגעים
בפלסטינים בשטחי הגדה המערבית", **יש דין** (מאי 2015);
"מתחת לרדאר: המדיניות השקטה של הכשרת מאחזים בלתי מורשים והפיכתם
להתנחלויות רשמיות", **יש דין** (מרץ 2015)

71. אף מבקר המדינה קבע בדו"ח 63 ב-מ-2013 כי הליקויים הקשים בתחום אכיפת החוק יוצרים
מציאות קשה ומתמשכת בגדה המערבית של "איש הישר בעיניו יעשה". (ראו עמודים 131-141
בדו"ח מבקר המדינה 63, 2013)
72. דברים אלה נכונים לכל סוגי הפרות הדין על-ידי ישראלים בגדה המערבית. אולם באופן קונקרטי
התפתחה בגדה תופעה של בנייה לא חוקית והקמת מקומות יישוב שלא אושרו על-ידי הגורמים
הרלבנטיים (מאחזים).
73. כאמור, את התופעה של המאחזים הבלתי מורשים חקרה עו"ד טליה ששון והדו"ח שפרסמה עמד
על היקפה העצום של התופעה וחומרתה מבחינת שלטון החוק.
74. בנוסף, הוכן במשרד הביטחון בסיס נתונים בנוגע למאחזים הבלתי מורשים. בסיס נתונים זה שידוע
בכינויו "דו"ח שפיגל" (ע"ש עורכו, תא"ל ברוך שפיגל) פורסם בסופו של דבר וממנו עלה כי התופעה
של בנייה לא חוקית חרגה מתחום המאחזים הבלתי מורשים והפכה לפרקטיקה נפוצה בהתנחלויות
"רשמיות".
75. בינואר 2017 פרסמה עותרת מס' 1 דו"ח מקיף על שיטת העבודה שמאחורי הקמת המאחזים והבניה
הלא חוקית בהתנחלויות, בו מפורטת מעורבותם של רשויות ממשלתיות שונות בבנייה הבלתי
חוקית. במיוחד עומד הדו"ח על היעדר האכיפה כגורם מרכזי לעידוד התופעה ומאפשר לה להמשיך
ולהתקיים שנים ארוכות. לקראת הדו"ח ראו כאן: [http://peacenow.org.il/wp-](http://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2017/02/TheCombina_Heb.pdf)
[content/uploads/2017/02/TheCombina_Heb.pdf](http://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2017/02/TheCombina_Heb.pdf)
76. זהו אם-כן ההקשר שבתוכו פועלים בוני היובל, השכונה מושא עתירה זו.

2. היעדר האכיפה והחקירה במרחב שנוגע לעתירה זו

77. היעדר האכיפה וההימנעות מפתחה בחקירה הם חמורים במיוחד במקרה הספציפי שלפנינו, שכן
כבר הוגשה בעבר עתירה כנגד בנייה בלתי חוקית באותו האזור, ובית המשפט אף הוציא צו
על תנאי המורה על הריסת המבנים. המדינה התחמקה מהפיכת הצו על תנאי למוחלט שכן האדמות
הוכרוזו כאדמות מדינה. ברגע שהסתיים הדיון בעתירה התאפסו הצהרותיה ונעלמו כלא היו. היום,
מעל ל-6 שנים לאחר ההכרזה, המדינה לא התקדמה לביצוע הדרוש כדי להסדיר את המבנים.
78. כעת, מבלי שהוסדרה אי החוקיות של המבנים הקודמים בשכונה, מוקמים בתים חדשים ובלתי
חוקיים, על שטח ללא תב"ע וכפועל יוצא ללא היתרים. המדובר בלגלוג ובזו מוחלט המופגנים כלפי

שלטון החוק וכלפי ביהמ"ש עצמו.

79. אם כן, דומה שבפנינו דוגמא חיה לתוצאות ההרסניות של היעדר אכיפה והימנעות מחקירה והעמדה לדין. העבריינים שהחלו את הבניה ב-2016, ראו שאין כל אכיפה, ושאפילו לאחר שהובא העניין בפני בג"ץ אין הם צפויים לחקירה ובוודאי שלא לעונש, ולכן בסופו של דבר בחרו לשוב ולהמשיך לבצע עבירות בנייה באותו האזור.

iii. הטיעון המשפטי

80. העותרים יטענו כי הימנעות המשיבים מנקיטה בצעדים הנדרשים להפסקת הבנייה הבלתי חוקית בשכונת היובל, מחקירת החשדות לביצוע עבירות פליליות בפרשה זו ומהוצאה ומימוש של צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה במקרה הצורך - מהווים הפרה של מספר חובות המוטלות עליהם וקבועות במשפט הבינלאומי הנוגע לכיבוש.

81. בנוסף יטען כי מחדלי המשיבים כאמור לעיל לוקים אף בפגם מנהלי של אי-סבירות קיצונית.

82. להלן נפרט את טענותינו ביחס לחובות המוטלות על משיבי המדינה להגן על נכסי ציבור ובהן מקרקעי ציבור מפני פלישה ובנייה שלא כדין. לאחר מכן נפרט את טענותינו ביחס לחובת המשיבים לקיים ללא דיחוי חקירה מקצועית ונטולת פניות של החשדות להפרת החוק על-ידי בוני השכונה.

I. חובתה המוגברת של המדינה כמעצמה כובשת להגן על רכוש הציבור בשטח הכבוש

83. האדמות עליהם נבנתה היובל ושהם מתבצעות העבירות שהמשיבים התבקשו לחקור, הינם אדמות שהוכרזו על ידי המשיב מס' 1 כציבוריות (או כפי שהן מכונות לעיתים: "אדמות מדינה").

84. כידוע, דיני הכיבוש הבינלאומיים הקבועים בין היתר בתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נהגיה וכלליה של המלחמה ביבשה (1907) ובאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעתות מלחמה (1949), הם שמסדירים את סמכויותיו, כוחותיו וחובותיו של הצבא בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.

85. תקנה 43 לתקנות האג קובעת את סמכותו ואת חובתו של המפקד הצבאי בשטח, לשמור על הסדר והביטחון באזור הנתון בשליטתו. תקנה 43 מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם ע"י הכובש: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור ושמירה על הקיים. למען הסדר הטוב, נביא את נסח התקנה בשלמותה:

תקנה 43

בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנהוגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.

86. הפרשנות של תקנה 43 הוסיפה לכלל העליון של דיני הכיבוש המופיע בו במפורש – דאגה לרווחת האוכלוסייה הכבושה – את הקוטב הנובע מהיות דיני הכיבוש, ותקנה 43 בתוכם, חלק מדיני המלחמה והלחימה: שמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים ובטחון הכובש, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מארג השיקולים ה"חוקיים" שיכולה המעצמה הכובשת לשקול בעת שהיא עושה שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש.

87. פרשנות זו עוברת כחוט השני גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעתירות שעניינן הכיבוש הישראלי (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: בג"צ 393/92 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פד"י (4) 785 – להלן: "פרשת ג'מעית אסכאן").

88. דיני הכיבוש, אם כן, קובעים משטר של נאמנות זמנית והם מחייבים, בין השאר, שכל שינוי ארוך טווח בשטח הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים המוגנים). פן שני, שלילי, של חובת הנאמנות היא האיסור המוטל על המעצמה הכובשת לנצל את השטחים הנתונים לשליטתה לצרכיה-שלה, לרבות נכסי הדלא-ניידי, למעט (במגבלות מסויימות) לצרכיה הביטחוניים.

89. לענייננו, תקנה מס' 55 לתקנות האג מטילה על הכוח הכובש את החובה לשמור על הנכסים הציבוריים ולנהלם על פי כללי טובת ההנאה. וכך מורה אותנו תקנה מס' 55 לעניין זה:

"המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ולנהנה של הבניינים הציבוריים, נכסי דלא ניידי, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה."

90. השילוב של תקנות 43 ו-55 מטילות אם-כן על המעצמה הכובשת חובה להגן על נכסי ציבור, ובכלל זאת אדמות ציבור, מפני פלישה, היזק ושינוי.

91. על חשיבות האמור בתקנה 55 כחובה לשמור על הרכוש הציבורי מפני פגיעות ומפני שינויים ארוכי טווח, עמד לא מכבר בית המשפט הנכבד, בפסק דינו, בבג"ץ 3103/06 שלמה ולירו ואח' נגד מדינת ישראל ואח' (פסק הדין מיום 6.2.2011), עמ. 39-40. וכך נקבע בפסק דין מקיף זה ביחס לחובות המעצמה הכובשת ביחס לרכוש הציבורי, לרבות נכסי דלא-ניידי:

"39. הכלל לפיו מדינה כובשת נדרשת לנהל רכוש ציבורי שתפסה בהתאם לכללי טובת ההנאה מהווה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי (Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Law, Vol. I: Rules 178-179 (2009))."

40. הכח הכובש רשאי, אפוא, על פי כללי המשפט הבינלאומי, להחזיק בנכסי דלא-ניידי שהינם רכוש ממשלתי השייך למדינת האויב, ולהפיק מהם טובת הנאה, אולם עליו החובה לשמור עליהם ולהימנע מפגיעה בהם (הילה אדלר "דיני כיבוש" רוזבי סיבל משפט בינלאומי 575 (מהדורה שניה, 2010); Georg Schwarzenberger, International Law, Vol II: The Law of Armed Conflict 248, 311-315

(1968). מחובתה של המדינה לשמור על קרן הנכסים ולנהלם בהתאם לכללי הפקת טובת ההנאה. היא איננה רוכשת בעלות בנכסים אלה ועל כן היא מנועה, בהתאם לכך, מלמכור אותם או מלפעול באופן שירוקן את הזכויות בהם מתוכן, שהרי כתוצאה מכך תפגע קרן הרכוש "

92. ובהמשך פסק הדין, בפסקה 42 לפסק דינה של כבי' השופטת א' פרוקצ'יה, נקבעו הדברים הבאים:

"42. המדינה הכובשת נדרשת, אפוא, להגן על הרכוש הציבורי בשטח התפוס, ונאסר עליה לפגוע ברכוש. גרימת הרס נרחב או החרמתו של רכוש בקנה מידה נרחב תיחשבנה להפרה חמורה של האמנה, אלא אם נעשו עקב צורך צבאי."

93. למעלה מן הצורך נוסף, כי גם המחקר של הצלב האדום הבינלאומי בדבר הדינים המנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, אישר כי אכן קיים כלל במעמד של משפט בינלאומי מנהגי, הקובע כי נכסי ציבור דלא-ניידי בשטח כבוש ינוהלו ע"פ דיני הנאמנות למעט אם שימוש מכלה שלהם או פגיעה בהם בכל דרך אחרת נדרשת בשל "צורך מלחמתי הכרחי". המדובר בכלל מס' 51 (ההדגשה שלנו):

Rule 51. In occupied territory:

1. *movable public property that can be used for military operations may be confiscated;*
2. *immovable public property must be administered according to the rule of usufruct; and*
3. *private property must be respected and may not be confiscated;*

Except where destruction or seizure of such property is required by imperative military necessity.

J.M Henckaerts and L. Doswald-Beck, **CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. I : Rules** (Cambridge, 2005), at pp.178-179.

94. גם הפסיקה של בית המשפט הנכבד הכירה בעבר בחובות המוטלות על המשיבים, בכל הנוגע לשמירה על נכסים ציבוריים, והמגבלות הקיימות לצורך זה:

"הנה כי כן הוטלה על המשיב הראשון חובה לשמור על הנכסים, היינו, תקנה 55 הנ"ל לא באה רק כדי להצהיר על כך, כי זכויותיו של השלטון הצבאי הן מוגבלות באופן יחסי, וכי רצף השלטון אינו נושא בחובו גם רצף של בעלות ממש, והאמור בה אינו מתמצה רק

בהענקת זכות ניהול והפקת פירות, אלא הוטלה מכוחה גם אחריות לשמירתו ולקימו של הרכוש.

(בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פד"י לו(1) 701, בעמ' 704; ההדגשות הוספו)

95. החובה המוטלת על המשיבים היא, כאמור, חובה המחייבת פעילות אקטיבית לצורך אכיפת החוק, כחלק מהשמירה על נכסי הציבור בשטח הכבוש, המצויים בניהול המשיבים בנאמנות. וכפי שקבע בית המשפט הנכבד בפרשת מוראד:

" ההגנה על ביטחונם וקניינם של התושבים המקומיים היא מהחובות הבסיסיות ביותר המוטלות על המפקד הצבאי בשטח".

(ראו בג"ץ 9593/04 ראשד מוראד, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 33 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.6.2006). ההדגשות במקור.)

II. הפגיעה בחובת ההגנה על נכסי הציבור

96. עמדת העותרים הינה כי הפקרת האדמות המוגדרות כאדמות מדינה והינם נכסי הציבור, לעברייני מאחזי היובל, מהווה הפרה של החובה המוטלת על המשיבים, עת הבנייה נעשית תוך הריסתו של השטח, ללא היתר ובפועל אינה מהווה שמירה על השטח ועל הנכס אלא הפקרתו לכל דכפין מטעם תושבי ההתנחלות.

97. השתלטותם של הפולשים לקרקעות המדינה על אדמות הציבור ועשייה בהן כבשלהם, ללא כל הפרעה ממשית כלשהי מצד המשיבים, וללא תגובה חקירתית-פלילית, מהווה, לפיכך, הפרה מצד המשיבים של חובותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כמו גם הפרה של החובות המוטלות על המשיבים מכוח המשפט הישראלי.

98. הזנחת האכיפה פשטה בכל תחומי החיים תחת הכיבוש, אולם נדמה, כי בתחום העבירות על חוקי התכנון והבניה תופעת אי האכיפה מרימה את ראשה באופן החמור ביותר.

99. וכאילו לא די בחומרה שבאי-נקיטה מיידית בהליכי אכיפה אפקטיביים ובהם חקירה פלילית כנדרש בעתירה זו באופן עצמאי על-ידי הרשויות, הרי שגם כשמדווח לרשויות ולגורמים האחראיים על אכיפת החוק בזמן אמת על הפרות החוק, כמו במקרה דנן, הרי שאלו לא נוקפות אצבע על מנת להפסיקה, חלקן אף מסייעות לעבירה וכולן מאפשרות את התרחבות הבנייה הבלתי חוקית, את המשכה של הפרת החוק ואת הפגיעה בשלטון החוק בגדה המערבית.

100. לאור האמור לעיל לעניין חובת משיבי המדינה לשמור על מקרקעי הציבור בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, הימנעותם מלאכוף את הדין על בוני השכונה מושא עתירה זו, לנקוט בהליכים הנדרשים להפסיק את הבנייה ולהרוס את שנבנה באופן בלתי חוקי – מהווה הפרה של חובותיהם ולפיכך לוקה באי-סבירות קיצונית.

101. לאור כל זאת, מתבקשים הצווים (1) ו-(2) המפורטים בראשית כתב עתירה זה.

III. ההשלכות הפוליטיות, המדיניות והבינלאומיות שיש להפרות חוק בכל הנוגע לבניה בלתי חוקית בשטחים המוחזקים ע"י ישראל

102. אין זה סוד כי הבניה בגדה המערבית הינו נושא פוליטי שנוי במחלוקת הנמצא בלב סדר היום של השיח הציבורי בישראל ואף בעולם כולו. כבר כמה עשורים שיחסי החוץ של ישראל מושפעים ישירות מהבניה בגדה המערבית והרחבת ההתנחלויות. הנושא הינו מרכיב מרכזי של יחסי החוץ של ישראל אף עם ידידתה ובת בריתה הגדולה ארה"ב ורק לפני מעט יותר משנה הייתה לסוגייה בשיח בין הנשיא הנבחר של ארה"ב וראש ממשלת ישראל בפגישתם בושינגטון בחודש פברואר 2017.
103. שאלת הרחבת מפעל ההתנחלויות מעסיקה את הציבוריות הישראלית והיא ככל הנראה הסוגיה המפלגת את אזרחי המדינה יותר מכל סוגיה אחרת.
104. לא ניתן, אם כן, להפריז בחשיבותה של הבניה הבלתי חוקית ברחבי הגדה בכלל, וב-היובל בפרט, שנעשית מבלי שניתנה החלטת הגופים המוסמכים לגביה.

IV. החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "החוק להפקעת אדמות פלסטינים")

105. למען הסר ספק יש להבהיר כי החוק להפקעת אדמות פלסטינים, אשר התקבל בכנסת ביום 6 בפברואר 2017, ושמטרתו להכשיר בדיעבד את הבנייה במאחזים אינו חל על השכונה מושא עתירה זו היובל.
106. הסיבה שהחוק אינו חל במקרה זה היא כי החוק קובע הוראות לגבי "מקרקעין הטעונים הסדרה" המוגדרים בסעיף 1 לחוק כ"מקרקעין באזור שזכויות השימוש וההחזקה בהם או בחלקם אינן נתונות לרשויות האזור או לממונה". לגבי מקרקעין כאלו מורה החוק הוראות שונות כגון הימנעות מפעולות אכיפה (סעיף 7), הקצאה (סעיף 5) והשלמת הליכי תכנון (סעיף 6).
107. אלא שהבנייה ב-היובל נעשית במקרקעין שזכויות השימוש והחזקה בהם נתונות לממונה ולפיכך הוראות חוק הפקעת אדמות פלסטינים אינו רלבנטי לגביה.
108. בנוסף החוק חל אך ורק על בנייה שנעשתה טרם קבלתו (6 בפברואר 2017).
109. להשלמת התמונה רק נציין כי שתי עתירות התוקפות את חוקייתו של החוק הוגשו, אחת מהן בין היתר על-ידי העותרת מספר 1 כאן (בג"צ 2055/17 ראש מועצת הכפר עין יברוד ו-39 אחרים נ' הכנסת ו-6 אחרים).

V. החובה לחקור ע"פ המשפט הישראלי

110. החלקים להלן של כתב העתירה נוגעים לסעד מספר (3) המבוקש בראשית כתב עתירה זה לצו על תנאי (פתיחה בחקירה).
111. חובתה של רשות חוקרת לפתוח בחקירה כל אימת שעולה חשד לביצוע עבירה קבועה בחוק סדר

הדין הפלילי:

נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על-פי תלונה ואם בדרך אחרת, **תפתח בחקירה...**
(חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב – 1982, סעיף 59)

112. לשון חוק סדר הדין הפלילי היא חד-משמעית בעניין החובה לחקור ולכן אין כל אפשרות להתחמק מהחובה הזו:

"הגיעה למשטרה "ידיעה" בדבר ביצועה של עבירה שלא בדרך של "תלונה" כאמור – גם אז חייבת המשטרה לפתוח בחקירה מיוזמתה"
(י. קדמי, **על סדר הדין הפלילי** (2003, כרך ראשון) עמ' 546)

113. על פי הסיפא של סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי בעבירה שאיננה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור רק אם היה סבור שאין בדבר עניין לציבור או אם הייתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה.

114. העותרות סבורות כי אין ספק ששני החריגים הללו אינם מתקיימים בענייננו. עבירות הבניה המתוארות בחלק העובדתי של עתירה זאת אינן בסמכות חקירה וטיפול של "רשות אחרת" וכמובן ש"העניין לציבור" בהן אינו זניח כפי שסוגיה זאת הוגדרה בהנחיה 1.1 של פרקליט המדינה "שיקולים לסגירת תיק בשל העדר עניין לציבור" (עדכון אחרון כז בטבת התשס"ג, 1 בינואר 2003) (להלן: הנחיות פרקליט המדינה).

115. נהפוך הוא - לא רק שהעניין לציבור בעבירות בניה בכלל ובגדה המערבית בפרט אינו זניח, בית המשפט העליון במספר פרשות הדגיש את החשיבות הרבה של טיפול, אכיפה והרתעה בסוג זה של עבירות. להלן כמה דוגמאות:

א. "הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור..... 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 יוסף מוסא עבד א-ראזק אל נאבות נ' שר הבטחון, פסקה 16 לפסקה דינה של הנשיאה דאז ביניש (פורסם בנבו, 02.08.2011), פרשת מגרון)

ב. "עם זאת אף אם מבדיקה זו עולה כי אדמת המאחז בבעלות המדינה או בבעלותם של ישראלים, אין בכך כדי להפוך את המאחז להתיישבות חוקית. כך, הכשרת המאחז מחייבת השלמתם של הליכים במישור המדיני (החלטת ממשלה על הקמת יישוב או שכונה חדשים), המוניציפלי (הוצאת צו של המפקד הצבאי בדבר שיוכו המוניציפלי של היישוב) והתכנוני (הפקדת תכנית מיתאר ואישורה וקבלת היתרי בנייה מרשויות התכנון הרלוונטיות)". (בג"ץ 5853/04 "אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש ממשלת ישראל, נט(2) 289, פס' 6 (2004)

ג. "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". (כבוד השופט שמגר, בבר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים ויושב ראש הועדה המקומית לתכנון ובניה לח(1), 494, 500 (1984))

ד. "מסקנתנו בפסק הדין כי יש להורות על מימוש צווי ההריסה למבנים נסמכה על מספר נימוקים, לרבות החשיבות בשמירה על דיני התכנון והבנייה וקיום התחייבויות המדינה לבית המשפט, ולא רק על העובדה שמדובר במבנים החורגים מתחומי ההכרזה. יתר על כן, בנסיבות העניין לא ברור כי הריסת חלקים מהמבנים – ללא תוספת בנייה חדשה כפי שהצהירו המבקשים – פותחת כשלעצמה אופק להסדרתם. דיני התכנון והבנייה רחבים מהשאלה הקניינית ועל כן בנייה על קרקעות מדינה היא תנאי הכרחי אך לא מספיק להסדרה". (כבוד הנשיאה נאור, בבג"ץ 7292/14 – כ"ב עלי מוחמד עיסא מוסא נ' שר הביטחון, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה דאז נאור (פורסם בנבו, 22.10.2017))

116. אף הועדה בראשותו של כבוד השופט המנוח אדמונד לוי, שהתבקשה על-ידי ממשלת ישראל לבחון את מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון, שעשתה בחוות-דעתה כל שניתן (ואף דברים שלא ניתן) כדי להרחיב את אפשרות הכשרת המאחזים, נקטה בשפה חריפה כשהתייחסה לתופעת הבנייה הלא חוקית:

"התופעה שנגלתה לעינינו בנושא ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון אינה הולמת התנהגות של מדינה שחרתה על דגלה את שלטון החוק כיעד שאליה יש לשאוף ואותו חובה ליישם"
(עמ' 88 לדו"ח הועדה מיום 21.6.12).

117. מכל האמור לעיל נהיר וברור כי המאבק בעבירות בניה הוא אינטרס ציבורי ראשון במעלה באופן כללי, וכשמדובר בבנייה על-ידי ישראלים בגדה המערבית, על היקפיה, משמעויותיה המדיניות וחומרתה כעבירה אידיאולוגית – על אחת כמה וכמה. לפיכך על גורמי אכיפת החוק חלה חובה לפתוח בחקירה וללא דיחוי. הם אינם רשאים לעצום את עיניהם ולהתעלם מהפרות בוטות וגלויות של החוק, ובטח כשהדברים הובאו בפניהם. אי פתיחה בחקירה במקרה זה ובוודאי ללא הסבר או נימוק, מהווה שיתוף פעולה עם עברייני הבניה.

118. על שכיחותה וחומרתה של גישת "נעשה ולאחר מכן נכשיר" עמדה כבר כבוד הנשיאה נאור בפרשת המאחז "נתיב האבות":

"המדינה והמשיבים האחרים טענו כי תוצאות הסקר בחלקה מס' 79 חריגות ומפתיעות. לטענתם, לא ניתן היה לצפות את המצב שנוצר, שבו שתי רצועות אדמה צרות בלתי מוכרזות תיקבענה את גורלם של עשרה מבנים המצויים ברובם על אדמות

מדינה. אין לקבל את הטענה. אף שממצאי הסקר מעוררים קושי (שכן אכן דינם של מבנים להיהרס רק בשל חריגה חלקית לשטח מחוץ להכרזה), איני סבורה שמדובר בקושי בלתי צפוי או מפתיע. **כאשר קודם כל בונים שלא כדין ורק לאחר מכן בודקים את אפשרות ההסדרה – אותה תופעה ידועה שכונתה "נעשה ולאחר מכן נכשיר" ניתן בהחלט לצפות כי הדבר יעורר בעיות קנייניות או תכנוניות.**

(בג"ץ 7292/14 עלי מוחמד עיסא מוסא נ' שר הביטחון, פסקה 30 לפסק דינה של כבוד הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 01.09.2016), ההדגשה שלנו)

119. בנוסף יש לציין את החומרה המיוחדת הנובעת מהידיעה הברורה של הגורמים הציבוריים בנוגע לאי חוקיותה של הבנייה, ובהם המועצה האזורית מטה בנימין והעומד בראשה מר אבי רואה, ובחירתם המודעת להמשיך ולעודד את פרויקט היובל ולא למלא את תפקידם ולמנוע מהפרת החוק להתמשך.

120. החובה לחקור מתחדדת על רקע ההליכים שתוארו בעניינו של יו"ר המועצה האזורית מטה בנימין, מר אבי רואה.

121. מכל האמור עולה כי קיים חשד ממשי לביצוע עבירות על-ידי גורמים ציבוריים ופרטיים, קיימת חובה בדין לחקור חשדות כאלו ואין כל עילה שלא לחקור במקרה זה.

122. **חשוב לציין שהיעדר כל חקירה והעמדה לדין בתחום הבניה הבלתי חוקית בשטחים שולחים מסר חד משמעי וברור לציבור ולעברייני הבנייה בפרט, כאילו למעשה מותר לבנות באופן לא חוקי, ואף משתלם לעשות כך.** למעשה, ההימנעות מחקירה ומהעמדה לדין מבטיחה לעברייני הבנייה כי לא יאונה להם כל רע, לא ייגרם להם נזק כלכלי וגם לא תהיינה לגביהם כל השלכות פליליות. לא אחת נשמעו טענות תושבי מאחזים על הסכמה של המדינה ומעורבותה בבנייה הלא חוקית כהצדקה למניעת פינוי. טענות אלה מבוססות בראש ובראשונה על היעדר כל אכיפה, ואף היעדר כל חקירה של הנוגעים בדבר.

VI. החובה לחקור במהירות וללא דיחוי

123. לצד החובה לחקור חשד לביצוע עבירות המובא לידיעת גורמי אכיפת החוק, על הגורמים המבצעים את החקירה בפועל חלה החובה לפתוח בחקירה באופן מידי עם היוודע קיומו של חשד לביצוע העבירות, ולקיימה במהירות. הסיבה לכך ברורה לכל מי שמכיר ולו קצת את עולם החקירות: איחור בפתיחה בחקירה ואיטיות של חקירה פוגעות באופן אנוש באפקטיביות שלה.

124. הדברים הם ידועים וברורים ולמעשה לא דורשים תמיכה ומראי מקום. ובכל זאת נזכיר כי בבג"צ 5817/08 **באסם עראמין נ' היועמ"ש** (פורסם בנבו, 10.07.2011) מתח ההרכב (כב' הנשיאה השופטת דורית ביניש, וכב' השופטות איילה פרוקצ'יה ועדנה ארבל) ביקורת חריפה על אופן התנהלות רשויות אכיפת החוק בפרשה ובין היתר בשל העיכוב בפתיחה בחקירה, דבר שהכשיל אותה. כב' השופטת ארבל ציינה בפסק הדין את החשיבות הרבה בפתיחתה של חקירה באופן מידי לאחר התרחשות העבירה:

”דווקא בהינתן הריסון שנוהג בית משפט זה ביחס להחלטות על העמדה לדין או על הימנעות ממנה, דומה שמתחדדת החשיבות של חקירה ממצה מייד בסמוך לאירוע” (שם, עמוד 20, ההדגשה שלנו – מ.ש., מ.ס.).

125. עקרונות אלה נכונים בכל עבירה אשר היא. האפקטיביות של החקירה נפגעת ככל שעובר הזמן מאז ביצוע העבירה ועד לפתיחתה. גם בעבירות מושא עתירה זו יש חשיבות לפתיחה מיידית בחקירה והעיכוב הבלתי מוסבר והבלתי סביר בפתיחה בחקירה במקרה זה מצמצם את הסיכוי למיצוי הדין שכן כיום כבר נבנו ואוכלסו מספר רב של בתים בשכונה.

VII. ההימנעות מפתיחה בחקירה היא בלתי סבירה באורח קיצוני

126. העותרות תטענה שההימנעות מפתיחה בחקירה היא מחדל בלתי סביר של המשיבים וכי לפיכך יש עילת התערבות ברורה של בית המשפט הנכבד. העותרות תטענה כי:

- א. ההחלטה שהתקבלה (במחדל) שלא לפתוח בחקירה כנגד עבירות הבניה המתוארות בחלק העובדתי של העתירה עומדת בסתירה לאינטרס הציבור.
- ב. ההחלטה על אי פתיחה בחקירה במקרה בו יש תשתית ראייתית התחלתית אינה נמצאת במתחם הסבירות ואף לוקה באי-סבירות קיצונית.

127. כפי שכבר צוין לעיל בית המשפט רואה בהקפדה על דיני התכנון והבניה אינטרס ציבורי מובהק ולכן עבירות מתחום התכנון והבניה ראוי שיחקרו עד תום, תוך כדי מיצוי הדין עם העבריינים. במקרה שלפנינו העבירות הן חלק מ”מכת מדינה” של בנייה בלתי חוקית אידאולוגית למטרת הצבת עובדות מדיניות בשטח. המשמעויות של הבנייה הן מרחיקות לכת הרבה יותר מעבירות בנייה ”רגילות” בתוך תחומי מדינת ישראל, ובית המשפט הנכבד שמוצף בהליכים בקשר לבנייה זו מכיר ומודע למשמעויות אלה היטב.

128. לפיכך, אי פתיחה בחקירה במקרה זה הנה החלטה בלתי מתקבלת על הדעת העומדת בסתירה לאינטרס הציבורי.

129. האפשרות היחידה להימנע מחקירה פלילית היא היעדרה של תשתית ראייתית ברמה המצדיקה פתיחה בחקירה (ראו דנג”ץ 7516/03 יעקב נמרודי נ’ היועץ המשפטי לממשלה, עמוד 6 לפסק דינו של השופט מצא (פורסם בנבו, 12.02.2004).

130. במקרה שלפנינו לא יכולה להיות מחלוקת שישנה תשתית ראייתית התחלתית (והרבה למעלה מזה) לביצוע עבירה, ותשתית זו הובאה לידיעת המשיבים. אי פתיחה בחקירה במקרה כזה סותר את האינטרס הציבורי ואינו עומד במבחני הסבירות.

131. למעלה מן הצורך נציין כי לא זו בלבד שהמשיבים לא הורו על פתיחה בחקירת העבירות האמורות, לאחר שנשלחו אליהם מכתבים ובהם מידע המוביל לראיות הנוגעות לאי חוקיות הבנייה, המשיבים אף לא טרחו בשום שלב לנמק או להסביר מדוע לא יפתחו בחקירה וזאת בניגוד לסעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי”ט-1958 ולכללי המנהל התקין.

132. מכל האמור עולה כי אי פתיחה בחקירה בהינתן ראיות משמעותיות לכאורה לבנייה בלתי חוקית

משתוללת, אינה סבירה באורח קיצוני ודינה להתבטל.

133. לאור כל האמור, מתבקש צו מספר (3) בין הצווים המפורטים בראשית כתב עתירה זה לצו על תנאי.

ד. סוף דבר

134. זה מעל לשנה שבניה בלתי חוקית מתבצעת באין מפריע במאחז הבלתי מורשה היובל שבהתנחלות עלי בגדה המערבית. בשל המחדלים בטיפול בעבירה כיום כבר עומדים על תילם 14 המבנים הבלתי חוקיים ומתקרבים לסיום הבניה.

135. על אף פניות והתראות של העותרת אל המשיבים מדצמבר 2017 ועד היום, לא טרחו המשיבים להשיב ולו תשובה עניינית אחת.

136. על אף שמדובר בבנייה בלתי חוקית תוך פלישה לאדמות ציבור, העניין לא נחקר, העבודות לא נפסקו והמבנים לא נהרסו.

137. על אף שהמשיבים קיבלו מהעותרות מידע המובל לראיות המוכיחות לכאורה ביצוען של העבירות המתמשכות במקום, לא נפתחה חקירה פלילית וזאת למרות החובה הקיימת בדין לחקור ללא דיחוי כאשר:

א. ישנה תשתית ראיתית התחלתית לקיומה של עבירה; ו-

ב. ישנו עניין לציבור (נסיבות העבירה, נסיבות החשודים והאינטרס הציבורי).

138. לפיכך, לא נותרה לעותרות כל ברירה אלא לבקש מבית המשפט להורות למשיבים לאכוף את הדין על-ידי הפסקת העבודות, הוצאה ומימוש של צווי ההריסה ופתיחה מיידית של חקירת החשדות לביצוע עבירות פליליות על-ידי המעורבים בבנייה – הכל בהתאם לנוסח הצווים שבפתח כתב עתירה זה.

139. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות המשפט של העותרות ובשכר טירחת עורכי דינם, בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

ואלה הנימוקים בעתירה לצו ביניים ולצו ארעי:

העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים המורה –

- i. למשיבים 1-3 וכן למשיבה 7: לנקוט בכל הפעולות הדרושות כדי לעצור באופן מידי את כל עבודות הבניה המבוצעות באתר – ובכלל זאת, מבלי לפגוע בכלליות האמור, לעצור את פעולות בנייה של המבנים, עבודות תשתית ופיתוח, פריצת דרכים וסלילה, וכן למנוע כל איכלוס של המבנים באתר.
- ii. למשיבים 7-10: להימנע מביצוע כל עבודות בניה מכל סוג שהוא באתר, וכן להמנע ממתן סיוע ישיר או עקיף לעבודות הבניה, בעצמם או באמצעות אחרים;
- iii. למשיבים 3, 7-10: להימנע מביצוע או מסיוע ישירות או בעקיפין לביצוע של כל עסקה במבנים או בקרקע שבאתר ובכלל זאת ומבלי לפגוע בכלליות האמור, כל העברת זכויות בהם, מכירה, החכרה, השכרה, הקצאה, אכלוס, הענקת זיקת הנאה או כל זכות קניינית אחרת, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, בין מיידיית ובין מותנית.

והכל עד לקבלת פסק דין סופי בעתירה זו.

בנוסף, העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להוציא צו ארעי שתוכנו זהה לצו הביניים עוד בטרם קבלת תגובת המשיבים לבקשה לצו ביניים, ושיעמוד בתוקפו עד להחלטה בבקשה לצו ביניים.

- א. בעתירה זו מתבקש סעד שעניינו אכיפת החוק כנגד עבודות בלתי חוקיות שנעשות ללא שהתקבלו ההחלטות המדיניות הפורמאליות הדרושות להקמת שכונה במקום, ללא תכנית מתאר תקפה וללא היתרי בנייה, במאחז היובל שבסמוך להתנחלות עלי. ובכלל זאת הוצאת צווי הפסקת עבודה ומימושם, והוצאת ומימוש צווי הריסה.
- ב. כפי שצוין בחלק העובדתי של כתב העתירה לצו על תנאי, הבניה במקום נעשית כולה בניגוד לחוק, ללא היתרי בנייה חוקיים, ללא מסגרת תכנונית וללא הסכמת הרשויות האמונות על הרכוש הממשלתי (המשיב 3).
- ג. הבניה מבוצעת על אדמות ציבוריות המכוננות לעיתים "אדמות מדינה", אשר מהבחינה המשפטית מנוהלות במסגרת של שלטון כיבוש במשטר של נאמנות לטובת הציבור הנכבש.
- ד. היות והבנייה נמצאת לקראת סיום קיים חשש ממשי כי מבני הקבע כולם יאוכלסו בקרוב. אכלוס המבנים יערים קשיים של ממש על מימוש הסעד המבוקש בעתירה, ויסבך את ביצוע הפעולות הנדרשות לאכיפת החוק שכן על פי נוהלי המשיבים אין מפנים בית המאוכלס ע"י ישראלים בגדה המערבית ללא אישור דרג מדיני.

ה. בנוסף, על פי התחייבות שניתנה בעבר ע"י קודמו בתפקיד של המשיב 4 בפני בית המשפט הנכבד במסגרת תצהירו בבג"ץ 9051/05 ישנה עדיפות עליונה להשלמת הליכי אכיפה כלפי מבנים המצויים בראשית בנייתם ושטרם אוכלסו. התחייבות זאת עולה בקנה אחד עם ההיגיון הבריא והשכל הישר. הקושי האנושי והפוליטי בהשלמת הליכי אכיפה במבנים מאוכלסים קשה לאין שיעור לעומת הקושי בנקיטת פעולות אכיפה במבנים שעדיין עומדים ריקים.

ו. מניסיון העבר אף עולה כי הגורמים הבונים את המבנים הלא חוקיים באזור, נוהגים לבצע העברה של זכויות בהם לצדדים שלישיים, עפ"ר בתמורה, דבר שעלול אף הוא ליצור קשיים משפטיים באכיפת הדין לנוכח קיומם של צדדים שלישיים בעלי עניין.

ז. ברור הוא כי הכשרת השטח ובניית מבני הקבע בשכונה אינה חוקית, על כן לא ייגרם כל נזק מהוצאת צו הביניים והצו הארעי לכל הגורמים המעורבים בבניה שכן מדובר כאמור בהתנהגות עבריינית אשר נידונה לכליה.

ח. **ברור אם כן כי מבחינת מאזן הנוחות הכף נוטה בבירור לצורך הוצאתו של צו הביניים.**

ט. ולמעלה מזאת, הוצאת צו הביניים כמבוקש, תהווה חיזוק משמעותי לשלטון החוק בגדה המערבית ככל שהדבר נוגע לבנייה הבלתי חוקית במאחזים ובהתנחלויות, היכן שניכר כי גם הרשויות הרימו ידיים במאבק זה, וכל שנותר לעותרים הוא לסמוך ידם הוא על בתי המשפט, אשר יסייעו בהחזרתו של שלטון החוק לחלק זה הנתון לשליטתם של המשיבים.

י. **צו ביניים** דומה ניתן ע"י בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 3899/09 ש.ע.ל. – שלום עכשיו לישראל, מפעלים חינוכיים נ"י שר הבטחון – ח"כ אהוד ברק (החלטה על צו הביניים ניתנה ביום 31.5.09) שם הורה בית המשפט הנכבד להימנע מלהמשיך בבניה הבלתי חוקית על אדמות מדינה בשטח ההתנחלות נווה צוף- חלמיש ולבצע עסקה כלשהי במבנים או להוסיף לאכלסם וכל זה בדומה לעתירה דנן. **צו ארעי** דומה ניתן גם בבג"ץ 2914/17 ש.ע.ל. – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים ואח"י מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח"י בנוגע לבניה במאחז כרם רעים (החלטה על הצו הארעי ניתנה ביום 09.04.17).

עותקים מצו הביניים ומהצו הארעי שניתנו בתיקים אלו מצורפים ומסומנים נספחים 13 ו-14 בהתאמה.

יא. כמו כן במסגרת בג"ץ 1813/11 ש.ע.ל. – שלום עכשיו לישראל, מפעלים חינוכיים נ"י שר הבטחון (החלטה על צו הביניים ניתנה ביום 2.5.11) הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להימנע מכל עבודות בנייה בעצמם או ע"י אחרים במבנים שנבנו שלא כדין על קרקע ציבורית בהתנחלות שבות רחל אשר בנייתם טרם הושלמה והימנע מלעשות על עסקה במבנים.

עותק מההחלטה בצו הביניים שניתנה ביום 2.5.11 מצורף ומסומן נספח 15

יב. מניסיון העבר עולה כי כאשר מוגשת עתירה כגון זו בין אם מדובר בבניה בלתי חוקית על קרקע פרטית או על קרקעות מדינה, ממהרים בוני המבנים הלא-חוקיים לאכלסם כדי לסכל את האפשרות שצו ביניים של בית המשפט הנכבד יהיה אפקטיבי. כך היה בבג"ץ 6357/05 תנועת שלום עכשיו ואח"י נ"י שר הבטחון ואח"י (החלטה וצו ביניים מיום 5.7.2005) שם המבנים אוכלסו מיד עם היוודע דבר הגשת העתירה (פרשת עמונה), וכך היה גם בבג"ץ 5023/08 סעיד זהדי מוחמד שחאדה נ"י שר הבטחון (תשעת הבתים בעפרה) (פס"ד ניתן ביום 8.2.15), עת ניתן היתר

רבני מיוחד לבוני המבנים אף לבנות בשבת על מנת "להשיג" את בית המשפט בטרם יתן צו בעניין.

יג. בעתירה בבג"ץ 5023/08 המוזכר לעיל עמד בית המשפט הנכבד על נסיונות אלו של הגורמים העבריינים להציב את בית המשפט וגורמי האכיפה בפני עובדות מוגמרות, והדברים אף מצאו דרכם להחלטתו מיום 24.3.2009, עת נקבעו הדברים החמורים הבאים (בהחלטה שניתנה על ידי כב' הנשיאה בייניש והשופטים גרוניס ורובינשטיין):

"מתקבל הרושם כי נעשו פעולות שמטרתן הייתה קביעת עובדות בשטח וסיכול הבקשה לצו הביניים"

יד. לפיכך, נדרש גם צו ארעי שיוצא עוד בטרם קבלת תגובת המשיבים ויעמוד בתוקפו עד להחלטה בבקשה לצו ביניים. צו ארעי דומה ניתן כדבר שבשיגרה בהליכים העוסקים בבניה בלתי חוקית בגדה המערבית ע"י בימ"ש הנכבד. כך לדוגמא בבג"ץ 4475/09 נזמי חסן מוחמד סלמאן ואח' נגד שר הביטחון ואח', בו נדונה שאלת בנייתו הבלתי חוקית של בית כנסת על אדמות ציבוריות הסמוכות לכפר תולת' (החלטה והצו הארעי מיום 26.5.09) יצוין כי זמן קצר לאחר הוצאת הצו הארעי ולאחר קבלת תגובות המשיבים, הוציא בית המשפט הנכבד צו ביניים מלא.

עותק מההחלטה בצו הארעי שניתנה ביום 26.5.09 נצורף ומסומן כנספח 16

אשר על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא בדחיפות צו עראי ולאחר קבלת תגובת המשיבים גם צו ביניים כמבוקש אשר יורו למשיבים כמפורט לעיל וימנעו המשך בניה באתר מושא העתירה, ביצוע עסקאות והעברת זכויות במבנים שבאתר ואיכלוסם.

היום _____

מיכאל ספרד, עו"ד
ב"כ העותרות