

צבא ההגנה לישראל
 אזור יהודה ושומרון
 לשכת היועץ המשפטי
 ת"ד 5, בית אל 90631
 טל': 02-9977711
 פקס: 076-539-9689
 דוא"ל: YoAyosh@idf.il
 סימוכין: 010661-3-21085
 י' בתמוז תשפ"א
 20 ביוני 2021



לכבוד
 עו"ד חגי ויניצקי
 עו"ד ערן בן ארי

שלום רב,

הנדון: מענה להשגה כנגד ההכרזה על שטח מתוחם ("גבעת אביתר") (יהודה

ושומרון), התשפ"א-2021

שלכם: מיום 17 ביוני 2021

מיום 20 ביוני 2021

1. הרינו לאשר קבלת מכתביכם שבסימוכין, במסגרתם הצגתם את השגת מרשיכם וההשלמה לה (להלן: "ההשגה"), ביחס להכרזה על שטח מתוחם ("גבעת אביתר") (יהודה ושומרון), התשפ"א-2021 (להלן: "ההכרזה").

2. ההשגה הובאה בפני מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, והרינו להשיבכם בשמו כדלקמן.

דחיית ההשגה על הסף

3. בפתח הדברים נציין כי להשגה לא צורפו האסמכתאות והמסמכים הנדרשים בהתאם להוראות סעיף 10 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים (יהודה ושומרון) (מס' 1539), התשס"ד-2003 (להלן: "הצו בדבר מבנים בלתי מורשים").

4. כך, להשגה לא צורף מסמך המעיד על זכויותיהם של מרשיכם במקרקעין המצויים בתחום ההכרזה, וכן לא צורף כל מסמך מטעם מוסד תכנוני מוסמך, המלמד על כך שניתנו היתרי בנייה למבנים שנבנו בתחום ההכרזה.

5. בנוסף, לא צורפו היתרים כלשהם שניתנו לשינוע המבנים היבילים המצויים ככל הידוע לרשויות האזור בתחום ההכרזה, כנדרש בתקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים) (יהודה ושומרון), התשנ"ג-1993.

6. בהתאם לסעיף 10(ג)(2) לצו בדבר מבנים מורשים, **די בכך כדי לדחות את ההשגה של מרשיכם על הסף.**

דחיית ההשגה לגופה

7. למעלה מן הצורך בדין, ולאחר בחינת הטענות לגופן, מצא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש כי יש לדחות את ההשגה **אף לגופה**. להלן נתייחס לטענות מרשיכם.

8. המאחז המכונה "גבעת אביתר" הוקם באופן בלתי חוקי החל מראשית חודש מאי 2021, ותוך זמן קצר הונחו בו תשתיות מסוגים רבים ושונים, והוקמו בו עשרות מבנים שאוכלסו בעשרות משפחות, והכל בניגוד מוחלט לדין וללא כל הסדרה קניינית או תכנונית.

9. חמור מכך, הקמת המאחז הבלתי חוקי בוצעה במהלך תקופה מורכבת בה התמודדו כוחות הביטחון ורשויות האזור עם אתגרים ביטחוניים משמעותיים, הן בגזרת איו"ש והן בגזרות רבות אחרות (לרבות מבצע "שומר החומות"). בנוסף, הקמתו של המאחז הבלתי חוקי תרמה לערעור היציבות הביטחונית במרחב, ובכלל כד אירעו במרחב עשרות אירועי הפרות סדר משמעותיים, **דבר המשפיע על הערכת המצב הביטחונית בגזרה, ומחייב הקצאת כוחות רבים שמוסטים ממשימות מבצעיות אחרות, על כל המשתמע מכך.**

10. נוכח האמור, ולאחר נקיטת הליכי אכיפה פרטניים ביחס לחלק משמעותי מהמבנים שהוקמו במאחז, החליט מפקד כוחות צה"ל באזור, כי קיים צורך ממשי בהכרזה על שטח המאחז הבלתי חוקי כשטח מתוחם, וזאת לשם התמודדות אפקטיבית עם ההפרה הבוטה והמתמשכת של הדין, שבאה לידי ביטוי בהקמת המאחז הבלתי חוקי, ולשם שמירה על ממשל תקין ועל הסדר הציבורי באזור.

11. אשר לטענותיכם הכלליות ביחס לחוקיות הכלי של הכרזה של שטח מתוחם לצורך התמודדות עם הקמת מאחזים בלתי חוקיים באזור, נציין כי הכרזה על שטח מתוחם מכוח הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, מהווה חלק ממימוש אחריותו של מפקד כוחות צה"ל באזור להבטיח את הסדר הציבורי באזור, וזאת מכוח אחריותו המעוגנת בכללי המשפט הבין-לאומי. כך למשל, נקבע בפסק הדין בבג"ץ 548/04 אמנה נ' המפקד הצבאי (להלן: "עניין אמנה"):

"פעולות מפקד האזור המכוונות למניעת היאחזויות בלתי חוקיות, שחלקן מוקמות על שטחי קרקע בבעלות אוכלוסיה פלסטינאית מקומית, נימנות עם סמכויותו ואחריותו להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים באזור. פעולות שנועדו לבלום פלישה לקרקעות פרטיות וציבוריות ולמנוע ביצוע בנייה בלתי חוקית בתחומיהן מצויות בתחומי אחריות המפקד הצבאי כאמור. במובן זה, עונה פעולתו של המפקד על דרישות הרישא לתקנה 43 לתקנות האג".

12. בהקשר זה, ובהתייחס לטענותיכם בעניין, נציין כי הסמכות לקבוע שקיים צורך ביטחוני המצדיק לנקוט צעדים ביטחוניים לשם שמירה על ביטחון האזור הינה של מפקד כוחות צה"ל באזור בלבד. אדם פרטי, או קבוצת אנשים פרטיים (כגון מרשיכים), אינם רשאים להקים, על דעת עצמם, מבנים על מקרקעין, בין אם פרטיים ובין אם ציבוריים, ללא האישורים המתאימים, בטענה שהדבר נחוץ מבחינה ביטחונית.

13. מעבר לאמור, במסגרת מכתביכם ביקשתם להפנות למספר טעמים פרטניים בעטיים יש לגישתכם לבטל את ההכרזה הפרטנית במקרה זה. בין היתר, ביקשתם לטעון כי מעמד המקרקעין וההיתכנות להסדרתו התכנונית של המאחז מחייבים מיצוי של אפשרות הסדרתו טרם נקיטת הליכי אכיפה ביחס למבנים הבלתי-חוקיים בתחומו; כי ההכרזה נחתמה בחוסר סמכות ובניגוד לנוהג במקרים קודמים בעבר; וכי הליכי האכיפה ביחס למאחז ננקטו באופן מפלה ובניגוד למדיניות הנוהגת. להלן נתייחס לטענות.

14. בראש ובראשונה יובהר, כי החלטתו של מפקד כוחות צה"ל באזור להכריז על שטח מתוחם במקרה זה התקבלה בהתאם לסמכויותיו הקבועות בתחיקת הביטחון, ולאור בחינה במסגרתה נשקלו שורה של שיקולים, לרבות היקף הבנייה הבלתי חוקית במקום; קצת התפתחות הבנייה החריג בתחום המאחז; קיומו של חשש ממשי להמשך הקמתם של מבנים בלתי חוקיים חדשים במקום; טיב ואופי הבנייה במקום; העובדה שאין

המדובר בפעם הראשונה בו נעשים ניסיונות להקמת מאחז בלתי חוקי במקום, ובעבר אף ננקטו הליכי אכיפה ביחס למבנים שהוקמו במקום; המצב הביטחוני שהתפתח במרחב עקב הקמת המאחז; ושיקולים רלוונטיים נוספים.

15. כך, אין חולק שהמבנים בשטח המאחז הוקמו ללא שניתנו היתרי הבנייה הנדרשים על פי הדין החל באזור, ואין די בהגשת בקשה בדיעבד (שכאמור אינה מגובה בראיות לקניין) כדי להכשיר את הקמת המבנים במאחז וכדי להוביל להפסקת הליכי האכיפה בעניינם.

16. בעניין זה יצויין, כי מבדיקה שנערכה אל מול גורמי לשכת התכנון במינהל האזרחי עולה כי ביום 17 ביוני 2021, הגישו נציגים מטעם המועצה האזורית שומרון בקשה להסדרה תכנונית ללשכת התכנון המרכזית של המינהל האזרחי, אשר אליה ככל הנראה התייחסתם במכתביכם. מבדיקה ראשונית של לשכת התכנון, עולה כי הבקשה נעדרת לכאורה היתכנות תכנונית, וממילא אינה נתמכת בהוכחת זכויות במקרקעין לגביהם הוגשה הבקשה כנדרש.

17. כך או אחרת, אין בעצם הגשת בקשה זו כדי לגרוע מסמכותו של מפקד כוחות צה"ל באזור להורות על הכרזה על שטח מתוחם, ואף אין בדבר כדי להקים מניעה כלשהי שבדין לבצע פעולות אכיפה מכוח ההכרזה ביחס למאחז הבלתי חוקי.

18. בנוסף, במכתביכם ביקשתם להפנות לאמור בנוהל "ועדת משנה לפיקוח" של תחום תשתית במינהל האזרחי מחודש יוני 2016, על מנת לתמוך את טענתכם ולפיה יש להקפיד את הליכי האכיפה ביחס לבינוי הבלתי-חוקי במאחז. דינה של טענה זו להידחות. ראשית, הנוהל אליו הפניתם אינו עדכני. שנית, הנוהל אינו מתייחס ל"הקפאת" הליכי אכיפה בשל הגשת תכנית, כי אם בשל הגשת בקשה להיתר בנייה בלבד ("היתר תכנוני"). ושלישית, הנוהל כלל אינו רלוונטי לעניינו, שכן הוא עוסק בהליכי פיקוח ואכיפה מכוח חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 79), לשנת 1966, אשר מתבררים בפני ועדת המשנה לפיקוח של מועצת התכנון העליונה, ואינו עוסק בהליכי אכיפה מכוח הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, שנחתם על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, והליכי אכיפה מכוחו אינם נוגעים לפעילות הוועדה או לסמכויותיה.

19. ויודגש, כי ממילא מרשיכם לא ביססו היתכנות להסדרת המבנים במאחז, מבחינה קניינית או מבחינה תכנונית. מרשיכם, המחזיקים בבינוי, אינם חולקים על כך שהם נעדרים כל זכות במקרקעין בהם הוקמו המבנים, ועל כך שהמבנים והטובין אשר הוצבו בהם הוקמו מבלי שניתנה לכך הרשאה על-ידי הגורמים המוסמכים, ומבלי שאושרה תכנית תכנון המאשרת את הקמת המבנים.

20. המקרקעין בהם הוקם המאחז אינם מוכרזים או רשומים כאדמות מדינה, וממילא הממונה על הרכוש הממשלתי לא העניק כל היתר לשהות בהם או לבצע בהם כל שימוש, ולא הוצגה בפני רשויות האזור כל אסמכתא לכך שבעל הזכויות במקרקעין, יהא אשר יהא, התיר למרשיך לבצע בהם שימוש. לפיכך, אף הטענות בעניין מעמדם האפשרי של המקרקעין, אשר אינן נתמכות בעמדה מקצועית של גורם מוסמך, אינן מבססות כל היתכנות להסדרת המאחז, וממילא, אינן גורעות במאומה מתוקפה של ההכרזה.

21. בהקשר זה, יפים הדברים שנקבעו בפסק הדין בבג"ץ 5853/04 אמנה נ' ראש-ממשלת ישראל, גם שם הועלו טענות דומות ביחס להכרזה על שטח מתוחם של מאחז בלתי חוקי שהוקם באזור:

"אמנם, הכשרתו של המאחז מותנית בתוצאות בדיקת מעמדו המשפטי של שטח המאחז במסגרת סקר האדמה, 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). משכך הם פני הדברים, לא שוכנענו כי ההבטחות שהעותרים טענו להן אכן מבססות התחייבות שלטונית המונעת מהמשיב 3 להכריז על שטח המאחז כשטח מתוחם (ראו והשוו בג"ץ 5245/03 לאוב נ' מדינת ישראל – היועץ המשפטי לממשלה [5]). מטעמים אלה – ולאור העובדה כי מבני המאחז נבנו ללא תכנית מיתאר ובלי לקבל היתרי בנייה כדין – לא מצאנו עילה להתערב בשיקול-הדעת של המשיב 3 בכל הקשור בהכרזת המאחז כשטח מתוחם ובפינויו."

22. בכל הנוגע לטענות מרשיכם ביחס למדיניות האכיפה מכוח הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, נבהיר כי אין זו עוסקת אך ורק במקרים בהם הוקמו מבנים באופן בלתי חוקי במקרקעין בבעלות פרטית. בעניין זה, אף די בהפנייתכם שלכם לפסק הדין בבג"ץ 7891/07 **תנועת "שלום עכשיו" - ש.ע.ל מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון**, על מנת לסתור את הטענה ולפיה דינו של כל בינוי בלתי חוקי שהוקם באדמות מדינה להיות מוסדר. לא זו בלבד שאין בסיס כלשהו לטענה זו המבקשת לצקת תוכן שאינו קיים לפסק הדין ולעמדת המדינה, הרי שאף בפסק הדין האמור עצמו נדון עניינם של מספר מאחזים שהוקמו באדמות מדינה ובאדמות "סקר", ביחס אליהם נחתמה הכרזה על שטח מתוחם.

23. דברים אלו נכונים גם ביחס לטענת מרשיכם ולפיה הכרזות מכוח הצו בדבר מבנים מורשים נחתמות אך ביחס למאחזים בהם הוקמו בינוי חוזר ונשנה או מבנים יבילים. כאמור לעיל, מפקד כוחות צה"ל באזור נדרש למגוון שיקולים טרם הכרזה על שטח מתוחם בהתאם לסמכותו בדין, וכך אף עשה במקרה הנדון כפי שהובהר לעיל. מכל מקום, נבקש להזכיר שהן בשנת 2013 והן בשנת 2018 הוקמו מבנים בלתי חוקיים בשטח המאחז וסביבתו אשר ביחס אליהם ננקטו הליכי פיקוח ואכיפה. מעבר לכך, וכאמור לעיל, בתחומי המאחז מצויים כיום מספר מבנים יבילים בלתי חוקיים ובינוי בלתי חוקי נוסף, אשר ביחס אליהם נמסרו הוראות סילוק מכוח הצו בדבר סילוק מבנים חדשים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1797), תשע"ח-2018.

24. עוד נדגיש, כי לא ניתן כל אישור מטעם הדרג המדיני להכשרת המאחז, ובוודאי שלא התקבלה החלטת ממשלה על הקמת יישוב חדש, כנדרש בהתאם להחלטת הממשלה מס' 150 מיום 2 באוגוסט 1996 (להלן: "**החלטה 150**").

25. אשר לטענות מרשיכם ביחס להפלייה, כביכול, בהפעלת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים בין האוכלוסיה הישראלית לבין האוכלוסיה הפלסטינית באזור, הרי שגם טענות אלו נדחו זה מכבר על-ידי בית המשפט העליון. כך נקבע בעניין זה בפסק הדין בעניין **אמנה**:

"ראש וראשונה לטענות העותרים בהקשר זה היא טענת ההפליה. ואכן, הצו מיועד לפינוי מאחזים שהוקמו על-ידי אזרחי מדינת ישראל, בעוד שהבנייה הבלתי חוקית על-ידי האוכלוסיה המקומית מטופלת, ככלל, על יסוד הדין המקומי. אלא שבכך בלבד אין כדי לבסס טענת הפליה, שכן ככלל, שוויון הינו נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם. ראו למשל בג"ץ 6/69 בורונבסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל. מותר ואף חובה לנקוט יחס שונה כלפי שונים, כאשר השונות היא רלוונטית. והנה, התופעה של בניית מאחזים בלתי מורשים והקמה חוזרת שלהם לאחר פינויים מתקיימת אך בקרב מתיישבים אזרחי ישראל, ובכך די כדי להצדיק הבחנה בינם לבין האוכלוסיה

המקומית... בנסיבות אלה היחס השונה לשתי האוכלוסיות אינו מהווה הפליה, אלא הבחנה מותרת, שיסודה בשוני הרלוונטי ביניהן..."

26. לבסוף, נבקש להתייחס לטענותיכם בעניין מדרג האישורים המדיני הנדרש כביכול לשם החתימה על ההכרזה על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, מכוח סמכותו המעוגנת בדין ובתחיקת הביטחון. טענות אלו נטענו בעלמא, בהיעדר הפניה למקור נורמטיבי כלשהו ומבלי תימוכין כלשהם לביסוס טענותיכם בעניין. יתרה מכך, אין טענות אלו עולות בקנה אחד עם הפרקטיקה הנוהגת, שכן במקרה זה ההכרזה נחתמה על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לאחר קבלת אישור שר הביטחון.

27. טרם סיום, מפקד כוחות צה"ל באזור ביקש להדגיש כי מרשיכם הפרו את הדין בצורה בוטה וחמורה, הקימו תוך זמן קצר ביותר עשרות מבנים שאוכלסו על-ידי עשרות משפחות, ואף המשיכו להקים בשטח המאחז מבנים ותשתיות לאחר החתימה על ההכרזה על שטח מתוחם, חרף העובדה שההכרזה אוסרת באופן מיידי על המשך הבנייה בשטח המתוחם (כפי שאף התריעה ראש לשכת מפקד פיקוד המרכז במכתבה מיום 14 ביוני 2021, אשר צורף כנספח להשגה). מדובר בהתנהלות בוטה וחמורה ביותר, שמצביעה על חוסר תום לב ותורמת להפרת הסדר הציבורי ושלטון החוק באזור, ובשום דרך לא ניתן להשלים עימה.

סוף דבר

28. לסיכום, ומכל הטעמים שנמנו לעיל, **מפקד כוחות צה"ל באזור החליט לדחות את ההשגה שהוגשה מטעם מרשיכם.**

29. בהתאם לסעיף 10(ד) לצו בדבר מבנים בלתי מורשים, מפקד כוחות צה"ל באזור החליט כי הסמכויות מכוח סעיפים 4 ו-5 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים לא יופעלו אלא בחלוף שבעה ימים ממועד מכתב זה.

בברכה,

שמש
המשפטי

להט
היועץ

סא"ל
סגן

