בס"ד

**בבית המשפט העליון בירושלים בג"צ 12/ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**בשיבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**העותרים**: 1. **תנועת רגבים ע.ר. 580460319**

**2. עובדיה ארד ת.ז. 060403391**

באמצעות עו"ד בצלאל סמוטריץ' ו/או עו"ד בועז ארזי

ו/או אברהם פלמון ת.ד. 44439 ירושלים, מיקוד 91443

טל: 02-6560303, פקס: 02-6560363

-- נ ג ד --

**המשיבים: 1. שר הביטחון, מר אהוד ברק**

**2. מפקד פיקוד המרכז, אלוף ניצן אלון**

**3. ראש המנהל האזרחי ביהודה ושומרון, תא"ל מוטי אלמוז**

כולם, באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

רח' סלאח א-דין 29, ירושלים

**עתירה לצו על תנאי, לצו ביניים ולצו ארעי**

**זוהי עתירה למתן צו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם:**

**מדוע לא ינקטו בכל הפעולות הדרושות על מנת להפסיק את בנייתם של מספר מבני קבע המוקמים בימים אלו בניגוד לחוק בסמוך ליישוב פני חבר בגזרת הר חברון.**

**בכלל זה - מדוע לא יוצא ויאכף צו הפסקת עבודה וצו הריסה סופי בעניין המבנים.**

**ובנוסף – מדוע לא ינקטו בכל הפעולות הדרושות על מנת לחקור ולהעמיד לדין את האחראים לבניה הבלתי חוקית של המבנים.**

**בנוסף זוהי עתירה למתן צו ביניים לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לנקוט לאלתר בכל האמצעים העומדים לרשותם בכדי למנוע את אכלוסם של המבנים המצויים בשלבי בנייה סופיים, למנוע את המשך בנייתם וסיומה ולמנוע כל שימוש או שינוי במעמדם של המבנים והכל עד למתן פסק דין סופי בעתירה זו.**

**כמו כן זוהי עתירה למתן צו ארעי לפיו מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו זהה לצו הביניים המבוקש, וזאת עוד בטרם קבלת תגובת המשיבים לבקשה לצו הביניים ואשר יעמוד בתוקפו עד למתן החלטה בבקשה לצו הביניים.**

**ואלו הנימוקים בעתירה למתן צו על תנאי**

**מבוא**

עניינה של עתירה זו בחוסר מעש מודע ומכוון של המשיבים אל מול בנייתם המתריסה בניגוד לחוק של מספר מבנים בסמוך ליישוב פני חבר בדרום הר חברון. מבנים אלו נבנים ללא היתר כדין וככל הנראה גם מבלי שניתן יהיה להכשירם בעתיד והמשיבים האמונים על אכיפת שלטון החוק באזור נאלמים דום ואינם נוקטים בשום צעד אפקטיבי שיהיה בו בכדי להביא להפסקת הבניה המהווה רמיסה של שלטון החוק ברגל גסה.

בעתירה זו מתבקש גם צו ביניים אשר ימנע את המשך בניית המבנים, השלמתם ואכלוסם וכן צו ארעי המתבקש לאור העובדה כי המבנים נמצאים ממש סמוך לשלב סיום הבניה והפסקת הבניה המיידית נדרשת על מנת שלא לאפשר לעבריינים לסכל במו ידיהם את הסעד המבוקש.

**הצדדים לעתירה**

1. העותרת 1 הינה תנועה ציבורית אשר שמה לה למטרה לפעול לשמירה על משאבי הטבע והנוף הציבוריים, למנוע השתלטות בלתי חוקית של גורמים שונים על משאבי הקרקע הלאומיים ולבקר את הרשויות המנהליות בטיפולן בנושא כך שיפעלו בהתאם לחוק ולכללי מנהל תקין.
2. העותר 2 משמש כרכז יו"ש אצל העותרת 1 ומתוקף תפקידו איתר את המבנה הבלתי חוקי נשוא העתירה ועקב אחר השתלשלות העניינים בעניינו.
3. המשיב מס' 1 הינו שר הבטחון של מדינת ישראל המופקד, מתוקף תפקידו, על פעולותיו של המשיב מס' 2, בין היתר בכל הנוגע לשמירה על הבטחון ביהודה ושומרון, שמירה על החוק באזור ואכיפת דיני התכנון והבניה. בידו של משיב 1 להורות או למנוע את אכיפת החוק באזור.
4. המשיב מס' 2 הינו מפקד כוחות צה"ל בשטחים ששוחררו בשנת 1967, ועל פי הפרקטיקה הנוהגה באזור זה עשרות שנים בידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה שבאזור. בין יתר תחומי אחריותו של המשיב 2 קיימת האחריות לשמירה על המקרקעין הציבוריים ביהודה ושומרון, שמירה על קיום החוק בתחומי יהודה ושומרון ואכיפת דיני התכנון והבניה באזור זה.
5. המשיב מס' 3 הינו ראש המנהל האזרחי ביהודה ושומרון אשר אליו האציל המשיב מס' 2 את סמכויות הניהול של החיים האזרחיים בשטחי יהודה ושומרון ועליו מוטלת האחריות למימוש אחריותו של המשיב 2 ביחס לשמירה על המקרקעין הציבוריים, שמירה על קיום החוק ואכיפת דיני התכנון והבניה הקיימים באזור.

**הפרק העובדתי**

1. בסמוך ליישוב פני חבר הולכים ונבנים על ידי אלמונים, אשר זהותם איננה ידועה לעותרים, כ – 14 מבני קבע, ללא תב"ע, ללא תוכנית מתאר וללא היתרי בניה.

* **תצלום אויר מיום 17 אוגוסט 2012 אשר על גביו מסומנים המבנים מצ"ב לעתירה זו ומסומן נספח א'.**

1. כבר כעת יצויין כי בשל המצב הגיאו-פוליטי השורר באזור אין ביכולתם של העותרים לברר את זהותם של עברייני הבניה במקום. העותרים מודיעים כי ככל שהמשיבים יודיעו על זהותם של העבריינים הם יבקשו לצרפם כמשיבים.
2. כפי שעולה מתצלום האוויר הבתים נבנים בקירבה יתירה למתקן צה"ל הממוקם באזור ובסמוך ליישוב פני חבר ולציר המוביל ליישוב.
3. ביום 19 לינואר 2012 (לפני למעלה מחצי שנה!) פנתה העותרת למשיבים, התריעה בפניהם על המבנים האמורים ודרשה כי ינקטו בפעולות האכיפה הנדרשות כנגד המבנה.

* **מכתב ב"כ העותרת מיום 19 ינואר 2012 מצ"ב לעתירה זו ומסומן נספח ב'.**

1. בחלוף ארבעה וחצי חודשים (!) השיב המנהל האזרחי לפניית העותרת במכתב קצר וסתמי בו נמסר כי "הבניה המתוארת בפנייתך מוכרת לגורמי המנהל האזרחי ומטופלת בהתאם".

* **תשובת המנהל האזרחי מיום 4 יוני 2012 מצ"ב לעתירה זו ומסומנת נספח ג'.**

1. ביום 5 אוגוסט 2012 ביקר העותר 2 במקום וגילה כי המבנים מצויים בשלבי בניה אחרונים וכי העבריינים עשויים לעבור ולהתגורר בהם בזמן הקרוב.

* **תמונות המבנים כפי שצולמו ביום 5 אוגוסט 2012 מצ"ב לעתירה זו ומסומנות נספח ד'.**

1. בעקבות הביקור באתר פנתה העותרת בשנית ובבהילות למנהל האזרחי בדרישה דחופה לנקיטת הליכי אכיפה כנגד המבנים.

* **מכתב ב"כ העותרת מיום 6 אוגוסט 2012 מצ"ב לעתירה זו ומסומן נספח ה'.**

1. לאור מצב הבניה המתקדם של המבנים והחשש כי בנייתם תסתיים והם יאוכלסו בתקופה הקרובה ולאור העובדה כי המשיבים אינם נוקטים בפעולות הנדרשות על מנת למנוע את סיום בנייתם ואכלוסם של המבנים – נאלצת העותרת לפנות לבית משפט נכבד זה. לא למותר לציין כי מכתב העותרת מיום 6 אוגוסט 2012 נותר ללא מענה עד ליום הגשת עתירה זו לבית המשפט.

**הפרק המשפטי**

**חוקי התכנון והבניה**

**תופעת אי אכיפת חוקי התכנון והבניה במגזר הערבי ביו"ש**

1. ביהודה ושומרון ישנם אלפי (!!!) אירועים של בניה וביצוע עבודות ללא ההיתר המבוצעים ע"י פלשתינאים בשטחי C, בהם גם האחריות האזרחית וגם הבטחונית מוטלת על המשיבים, ואין פוצה פה ומצפצף.
2. מדי פעם בפעם (לעיתים רחוקות), כאילו רק בכדי להצדיק את קיומן ולהראות שהן עושות "משהו", רשויות האכיפה מוציאות לפועל צו הריסה, אך מדובר ב"טיפה בים" ביחס להשתוללות חסרת הרסן המתחוללת בשטח.
3. כישלונם המהדהד של הרשויות למנוע את הפרת החוק הקולוסאלית הקיימת בכל הקשור לבניה פלשתינאית בלתי-חוקית הוא מאבני היסוד המונחות בבסיסה של עתירה זו. מדובר בהזנחה פושעת של אכיפת החוק ביהודה ושומרון.
4. ידעו העותרים: בית משפט נכבד זה אמר לא אחת כי אין הוא נוהג להוציא תחת ידיו צווים דקלרטיביים האומרים כי את החוק יש לאכוף. אולם, בקשתם של העותרים היא לצו עשה ספיציפי המחייב את המשיבים לנקוט בפעולות קונקרטיות כנגד מקרה ספציפי המייצג תופעה קונקרטית שהמשיבים מתנערים לחלוטין מאחריותם לטפל בה.
5. הצווים המתבקשים בגדרה של עתירה זו נדרשים בשל אזלת יד מתמשכת ובשל סירוב עקבי הנמשך לאורך חודשים של הרשות השלטונית המוסמכת לאכוף את החוק.
6. צווים אלו נדרשים מכיוון שהיקף ביצוע העבודות הבלתי חוקיות 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. לעניין זה מופנה בית המשפט לדברי בג"צ בתיק 6579/99 **עמיחי פילבר 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"**

1. על החשיבות הרבה באכיפת החוק עמד אך לאחרונה כבוד השופט א. רובינשטיין בבג"ץ 5377/09 **תנועת רגבים ואח' נגד שר הביטחון ואח'** בדבריו הנכוחים בפיסקה ז' לפסק דינו:

**"מראשית דרכו עמד בית משפט זה, והדבר הוא בגדר מושכלות יסוד, על חיוניותה של אכיפה אפקטיבית לשם שמירה על שלטון החוק, ולשם מניעת מצב בו איש הישר בעיניו יעשה; "כי כאשר 'לית דין' אזי 'לית דיין' - וההפקרות שהשתררה אצלנו בשטח זה, תהיה נחלתנו לעולם ועד" (בג"צ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ''ד כ(1) 309, 331 - מ"מ הנשיא זילברג)."**

1. 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 בהיקף שהוא כמעט מצחיק לעומת זה המתבצע ביהודה ושומרון - סגירת מרפסות ללא היתר, הקמת גדירות ללא רשיון וכד' - מתוך רע"א 1/84 **דוויק ואח' נ' ראש העיר ירושלים ואח'**, פ"ד לח (1) 494 בעמ' 500 (ההדגשה שלי – ב.א.):

**"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"**

1. עוד על חומרתן של עבירות על חוקי התכנון והבניה ניתן ללמוד מלשונו המאוד ברורה ומפורשת של כב' השופט מ' אלון (כתוארו אז) בע"פ 917/85 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל מערבי נ' מוסא נימר אבו נימר**:

**"לצערנו, הפכו עבירות נגד חוקי התכנון והבניה לחזון נפרץ, ורבים גם טובים איש הישר בעיניו יבנה. זוהי פגיעה חמורה וקשה בשלטון החוק, המזולזל לעין שמש, ואין איש שם אל לב לאזהרות הגורמים המוסמכים"**

1. פסק דין זה של כב' השופט אלון דן בחומרת עונשו של מי שעבר על חוקי התכנון והבניה. בדבריו מניח כב' השופט אלון כי הגורמים המוסמכים עושים את עבודתם וכי יש להחמיר בעונשו של מי שמזלזל באזהרותיהם ובשלטון החוק. ניתן לשער בנקל ובדרך של קל וחומר מה היה כותב כב' השופט אלון לו במקרה הנדון לפניו היו אלו הרשויות המוסמכות שמזלזלות בשלטון החוק ומועלות בתפקידן.
2. מציאות זו של זלזול בחוקי התכנון והבניה אף זכתה לתואר המפוקפק "מכת מדינה" כדברי כבוד השופטת גילאור בפסה"ד בעניין [ע"א 1003/05](http://www.takdin.co.il/searchg/ID_%D7%A2%D7%90@1003~~05.html) **אסדי סאלח יוסף נ' ועדה לתכנון ולבניה "בקעת בית הכרם"** באומרה:

**"...עבירות על חוקי התכנון והבניה הפכו עוד לפני שנים למכת מדינה. מדובר בעבירות בעלות תוצאות קשות, אשר אין באמצעים העונשיים, הננקטים כלפי העבריינים כדי לחסום באופן אפקטיבי את הדרך בפני התפשטותן. יש לראות בחומרה יתרה את התופעה של בניה ללא היתר. הפרת הוראות חוק התכנון והבניה גורמות לפגיעה באינטרסים ציבוריים חשובים ומובילות לזילות ..."**

ואשר קדם לה כבוד השופט (כתארו אז) חשין ברע"פ 4357/01 **סבן נ' הועדה המקומית "אונו"**, פ"ד נו(3) 49, 59 באומרו:

**"'אכן כן, תופעת הבניה הבלתי חוקית הפכה מכת-מדינה – ברבות השנים צירפה עצמה מכה זו... לעשר המכות".**

**בניית המבנים - ללא היתר**

1. ומן הכלל אל הפרט - למבנים אין היתר בניה כדין. במצב דברים מתוקן די היה בעובדה זו בכדי לחייב את המשיבים בביצוע פעולות אכיפה כנגדם אולם נסיונה של העותרת מלמד כי ככל שהבניה הבלתי חוקית מבוצעת במגזר הערבי ביהודה ושומרון אין הדבר כך.

**סדרי העדיפויות של המשיבים בביצוע פעולות אכיפה**

1. כאמור במכתבו של המשיב 3 מיום 4 יוני 2012 (נספח ג' לעתירה) - "נקיטת הליכי פיקוח נוספים תיעשה בהתאם לשיקול דעת הגורמים המוסמכים ובכפוף לכלל השיקולים הצריכים לעניין".
2. במהלך פעילותה של העותרת מול המשיבים נפגשה העותרת פעמים רבות בטענת "שיקול הדעת" ו"סדרי העדיפויות". טענה זו מועלית על ידי המשיבים בכל עת בה מוגשת עתירה כנגד היעדר מעש מצד המשיבים בכל הנוגע לאכיפת חקיקת התכנון והבניה במרחב איו"ש.
3. הואיל ובית המשפט איננו אמור להיכנס בנעלי המשיבים ולבצע במקומם את שיקול הדעת באשר לביצוע פעולות האכיפה - קיבל בדרך כלל, בית המשפט את טענת "סדרי העדיפויות" ונמנע מלהתערב בשיקול דעתם של המשיבים בעתירות שונות שהגיעו לפתחו.
4. אולם, עם הזמן, ומשראה בית המשפט כי לעיתים עלולה טענת "סדרי העדיפויות" לשמש כעלה תאנה לכיסוי מחדלם של המשיבים, הנחה בית המשפט את המשיבים להציג בפניו את השיקולים המנחים אותם בכל הנוגע לקביעת סדרי עדיפויות אלו לאכיפת דיני התכנון והבניה.
5. לעניין זה ראוי להביא מדברי כבוד השופט א.רובינשטיין בפסה"ד בבג"ץ 5377/09 **רגבים ואח' נגד שר הבטחון ואח'** בפיסקה יב לפסק הדין:

**"עם זאת, התמונה אינה מעודדת. גם אם קיימים סדרי עדיפויות מוצדקים, אסור שהללו יהוו – ולוא בלי משים ושלא במכוון– כסות להפקרות בבניה. כאמור חוק הוא חוק, בין אם מדובר בבניה בלתי חוקית בקרב התושבים הישראלים ביהודה ובשומרון, בין אם מדובר בתושבים הפלסטינים - ואין להלום מצב של "איש הישר בעיניו יעשה" (שופטים י"ז, ו'). חובת המפקד הצבאי היא לאכוף את החוק באזור, ולא למותר להזכיר כי דיני התכנון - בישראל ובאזור - נועדו להבטיח בניה ופיתוח נאותים בהווה ובמבט צופה פני עתיד"**

1. באופן זה הסתבר כי קיימים מספר שיקולים המציבים בניה בלתי חוקית בראש סדרי העדיפויות. בין שיקולים אלו ניתן למצוא את השיקול הבטחוני לפיו בניה בלתי חוקית בעלת מאפיינים של סיכון בטחוני תקבל עדיפות בביצוע פעולות האכיפה על פני עבירות שאינן בעלות מאפיין בטחוני. וכך, בפסק הדין בבג"ץ 5377/09 הנ"ל מצוטטים המשיבים כדלקמן:

**"בהודעתם מ- 27.1.11 נאמר כי ניתנת עדיפות בעניין בניה בלתי חוקית פלסטינית "לביצוע הריסות מבנים מטעמים בטחוניים, דהיינו, כאשר מדובר במבנים אשר בשל מיקומם מהוים משום סיכון בטחוני" (הדגשה במקור)."**

1. בנוסף הסתבר כי בניה בשלבים התחלתיים ובמיוחד כזו שטרם אוכלסה תקבל עדיפות על פני בניה שכבר אוכלסה ובלשון כב' השופט רובינשטיין בפסה"ד בבג"ץ 5377/09 הנ"ל:

**"יש טעם בעמדת העותרים, כי נודעת חשיבות של ממש למימוש צוי הריסה כאשר המבנה הבלתי חוקי נמצא בראשית בנייתו. הן מהצד הרגשי ועגמת הנפש הבלתי נמנעת העלולה להיגרם מפינוי ממבנה מאוכלס, והן מבחינת העלויות הכרוכות בכך, ראוי ליתן חשיבות גדולה לרכיב זה במדרג סדרי העדיפויות"**

1. מן האמור לעיל ברור כי הטיפול במבנים נשוא עתירה זו וביצוע פעולות אכיפה כנגדם ראוי היה שיהיה בראש סולם העדיפויות של המשיבים בשל היותם בלתי מאוכלסים, כמו גם בשל היותם בעלי פוטנציאל לסיכון בטחוני לאור הקרבה למחנה צה"ל וליישוב פני חבר.

**הסכנה הפיזית בבנית בתים ללא פיקוח**

1. סוגיה נוספת אליה יש לתת את הדעת טמונה בכך שהבניה, נשוא עתירה זו, מבוצעת באופן פיראטי ומופקר אשר מביא בהכרח לסיכון חיי אדם.
2. באופן הרגיל בו אמורים להיבנות בתים, הן בתחומי מדינת ישראל והן באזור יהודה ושומרון, כפיפותה של הבניה לחוקי התכנון והבניה מבטיחה כי בניית המבנים נעשית בסטנדרטים בטיחותיים והנדסיים ראויים.
3. בניית בתים באופן פיראטי, ללא ליווי הנדסי או פיקוח מקצועי, טומנת בחובה סיכון משמעותי הן במהלך הבניה והן לדיירי המבנים העתידיים.
4. לעניין זה דין מבני ארעי ודין מבני קבע שונה בתכלית השינוי. בעוד בבניית מבני ארעי כגון אוהלים או סככות הרי שהחשש מפני תקלות בטיחותיות והנדסיות הינו חשש רחוק אולם מקום בו נבנים בתי אבן מבטון ובעלי מספר קומות – החשש מפני תקלות בטיחותיות והנדסיות הינו חשש כבד וממשי. מתן אפשרות להמשך העבודות ולמגורים במבנים בלתי מבוקרים ובלתי מפוקחים הינו רשלנות ממדרגה ראשונה ולקיחת האחריות לסיכון חיי אדם במקרה זה הינו בלתי סביר בעליל.
5. במקרה דכאן מדובר במבני אבן אשר חלקם אף בעלי קומה שניה. העותרת מתקשה להאמין כי מאן דהוא אצל רשויות האכיפה נתן דעתו לכך שייתכן והמבנים נבנו בצורה מסוכנת והאפשרות כי משפחות על ילדיהן יגורו בבתים אלו ללא שלרשויות יהיה הבטחון המלא במצבם ההנדסי – איננה מתקבלת על הדעת.
6. ראוי כי לסוגיה זו יינתן משקל יתר בבוא בית המשפט לשקול אם להוציא מלפניו צו ארעי כמבוקש בעתירה זו וכפי שיפורט להלן.

**הרחבת רף ההתערבות של בית המשפט הנכבד בפעילות האכיפה של המשיבים**

1. מתוקף נסיונה יודעת העותרת כי בתשובתם לעתירה זו יטענו המשיבים כי הגם שהבניה נשואת העתירה הינה בלתי חוקית והגם שאין חולק כי על המשיבים לפעול כנגדה - עדיין לא יהיה בכך בכדי להצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד בביצוע הליכי האכיפה על ידי המשיבים ועדיין לא יהיה בכך בכדי להצדיק את דרישת העותרת להוצאת צו שיפוטי מלפני בית משפט נכבד זה.
2. את טענתם יסמכו ודאי המשיבים על "חזקת כשרות המעשה המנהלי" וכן על כך שבבית משפט נכבד זה כבר נקבע כי על מנת להצדיק את התערבותו על העותרים להצביע על כך שהרשות המנהלית נוטשת באופן גורף את חובתה לאכוף את החוק או נמנעת מכך באופן בלתי סביר (כפי שנקבע בעבר בפסה"ד בבג"ץ 6579/99 **עמיחי פילבר נגד ממשלת ישראל**).
3. המשיבים יתמכו את טיעוניהם בוודאי בשורה של פסקי דין, ישנים לפי קצב העתירות המוגש בעניינים כגון אלו לבית המשפט הנכבד, בהם נקבע כי בית המשפט הנכבד סומך ידיו על שיקול דעתם בכל הנוגע לאכיפת דיני התכנון והבניה ביהודה ושומרון ואינו מוצא לנכון להתערב בכך.
4. ואכן, בעבר יישם בית המשפט הנכבד את המבחנים שנקבעו בפסיקה להתערבותו בשיקול הדעת של רשויות האכיפה על המשיבים באופן דווקני ומצמצם, אולם בעת האחרונה ניכרת מגמה של הרחבת הביקורת השיפוטית על תפקודן של רשויות האכיפה ביהודה ושומרון ואת זו ניתן למצוא כיום גם במקומות שבעבר לא מצא בית המשפט הנכבד לנכון להתערב.
5. העותרת מבקשת בפרק זה של העתירה "להקדים תרופה למכה" ולטעון בפני בית המשפט מדוע, על פי המצב המשפטי כיום, ישנה הצדקה להגשת העתירה דנא וישנה הצדקה להתערבותו ולקיום פיקוח הדוק מצידו על האופן שבו המשיבים אוכפים את דיני התכנון והבניה על המאחז נשוא העתירה.
6. כאמור לעיל, בשנים האחרונות נדרש בית המשפט הנכבד לסוגייה זו פעמים רבות וקבע את המסגרת הנורמטיבית להתערבותו. בבסיס מסגרת זו אישר בית המשפט הנכבד כי לרשות המבצעת הסמכות לקבוע סדרי עדיפויות בביצוע פעולות האכיפה, וזאת במיוחד בענייני התכנון והבניה ביהודה ושומרון, שם מספר העבירות עצום והמשאבים לטיפול בהן - מצומצמים.
7. בהתאם לגישה זו נמנע בית המשפט בשורה של מקרים מלהתערב סדרי העדיפויות של המשיבים ולעיתים אף דחה את העתירות על הסף בשל היעדר עילת התערבות.
8. נדגיש בנקודה זו כי מבחינה עיונית פועלת הביקורת השיפוטית על המעשה המנהלי בשני שלבים. ראשית בוחן בית המשפט האם נעבר הרף שנקבע להתערבותו בפעילותה של הרשות ורק לאחר מכן ובמידה והתשובה לשלב הראשון הנה חיובית מפעיל בית המשפט את כלי הביקורת הנתונים בידיו ובוחר את אופן ההתערבות ואת הסעדים והתרופות הניתנות לעותר. הגם שבמישור הפרקטי פעמים רבות שמטבע הדברים שני השלבים האמורים מתבצעים במקביל (מאחר והבדיקה האם נעבר הרף המצדיק את התערבותו של בית המשפט דורשת לפעמים התערבות ובקרה לאורך זמן של בית המשפט על תפקודה של הרשות בעניין העומד לביקורת) הרי שבמישור העיוני ישנה חשיבות להבחנה בין שני השלבים שכן במקום בו לא יוכח כי נעבר הרף שנקבע להתערבותו של בית המשפט הנכבד העתירה תידחה ולא יינתנו בגדרה צווים הגם שמדובר בהפרת חוק. בית המשפט אינו מחליף את רשויות האכיפה ואינו מורה להן כיצד לפעול אלא באותם המקרים המצומצמים בהם ישנה הצדקה לכך.
9. כאמור לעיל וכפי שבוודאי יטענו המשיבים גם בעתירה זו, למעט במקרים בודדים בהם מדובר היה בפגיעה בזכויות הקניין של הפרט ועל כן האכיפה בעניינם אמורה היתה לעמוד בראש סולם העדיפויות של המשיבים, נמנע בית המשפט הנכבד מלהתערב תוך שהוא מקבל באופן עקרוני את טענת סדרי העדיפויות של המשיבים (לעניין זה ראו למשל: בג"ץ 5377/09, **רגבים ואח' נגד שר הבטחון ואח'**, בג"ץ 5083/10, **רגבים ואח' נגד שר הבטחון ואח'**, בג"ץ 10424/09, **רגבים ואח' נגד שר הבטחון ואח'**).
10. אולם לאחרונה נראה כי בית המשפט הנכבד מצא לנכון כי יש לתקן את מסגרת התערבותו בפעילות האכיפה של המשיבים וכי שומה עליו להיכנס לעובי הקורה גם במקרים בהם, על פי הגישה הקודמת, לא היה נהוג להתערב.
11. דוגמה להתפתחות שחלה בגישת בית המשפט לעניין זה ניתן לראות בבג"ץ 2306/11, **ש.ע.ל - שלום עכשיו לישראל ואח' נגד שר הבטחון ואח'**. בקליפת האגוז, בעתירה זו פנו העותרים לבית המשפט בדרישה להוצאת צווים כנגד בניית בתים ביישוב שילה בתחומי המועצה האזורית מטה בנימין. עתירה זו נסמכה על כך שנפלו פגמים בהליכי התכנון ואישורי הבניה של הבתים ועל כן יש מקום להתערבות שיפוטית.
12. ויודגש, בבג"ץ 2306/11 הנ"ל מדובר, אף אליבא דהעותרים, בבתים שנבנו בתוך תחום יישוב ישראלי ועל גבי אדמות מדינה. כל שהיה בפי העותרים נגע לפגמים בהליכי תכנון ואישור המבנים. לית מאן דפליג כי במקרה הנ"ל, וכך אף טענו המשיבים בתגובתם לעתירה, ניצבה הבניה בתחתית סדרי העדיפויות של המשיבים והמשיבים אף הודיעו לבית המשפט הנכבד כי הם מקדמים את הליכי התכנון הנדרשים לשם הסדרתם התכנונית של המבנים.
13. בהתאם לגישה שהיתה מקובלת בבית משפט נכבד זה בעבר לא גילתה העתירה בבג"ץ 2306/11 כל עילה המצדיקה את התערבות בית המשפט. מדובר במבנים במצויים בתחתית סדרי העדיפויות אשר הליכי התכנון בעניינם מקודמים ועל כן הסעד העיקרי שנתבקש - הריסתם - אינו רלוונטי.
14. והנה, בבג"צ 2306/11 הנ"ל, בית המשפט הנכבד בחר להתאים מחדש את גישתו לשאלת התערבותו בהליכים האכיפה של המשיבים, כבר בתחילת ההליך החליט להוציא צווי ביניים כנגד הבניה נשואת העתירה, להורות למשיבים לעדכן בדבר התפתחותה של חקירה משטרה לאיתור והעמדה לדין של האחראים לה, ואף חשוב מכך - בסיומו של הליך להורות בפסק דין סופי על איסור המשך הבניה במקום עד להשלמת הליכי התכנון והוצאת היתרי בניה כדין. ויודגש - מפסק הדין עולה באופן הברור ביותר כי בבסיס העתירה עמדו אך ורק טענות תכנוניות ולא שום דבר נוסף.

* **פסק הדין בעתירה בבג"ץ 2306/11 מצ"ב לעתירה זו ומסומן נספח ו'.**

1. אם ניתן היה להתייחס לפסק הדין בבג"ץ 2306/11 הנ"ל כסטיה חד פעמית ממדיניותו השיפוטית של בית המשפט הנכבד, הרי שעיון בתיק נוסף אשר עודנו מתנהל בפני בית המשפט הנכבד בימים אלה מראה אף הוא כי אכן מדובר בשינוי של ממש.
2. בבג"ץ 1936/11, **גמאל דראגמה ואח' נגד שר הבטחון ואח',** הוגשה על ידי העותרים עתירה בבקשה להוצאת צווים כנגד בניה ביישוב עלי במרחב בנימין. גם בעתירה זו הושתתו טענות העותרים אך ורק על טענות בדבר פגמים באישורי ובהיתרי הבניה של הבתים. גם במקרה זה מדובר בעתירה כנגד בתים הנבנים בתוך תחומו של יישוב ישראלי על גבי אדמות מדינה ואשר הליכי תכנון לשם הסדרתם התכנונית מקודמים.
3. והנה, גם בעתירה זו בחר בית המשפט לשנות מגישתו המסורתית והוציא מלפניו צו ביניים המורה על עצירת עבודות הבניה המבוצעות באתר.
4. לא זו אף זו, משטענו העותרים דהתם כי ברחבי הישוב קיימת בניה נוספת הנעשית ללא היתר ובקשו את הרחבת צו הביניים על אף שהבניה הנוספת לא נכללה בסעד העיקרי שנכלל בעתירה ניתנה ביום 1.8.2012 החלטתו של בית המשפט הנכבד, מפי כב' הנשיא, ובה נתבקשו העותרים לתקן את עתירתם ולכלול בה גם את הבניה החדשה בכדי שבית המשפט הנכבד יוכל להידרש גם לה, אף שכאמור, מדובר בבניה אשר אין חולק על כי על פי מאפיניה היא מצויה בתחתית סדרי העדיפויות של המשיבים וכי בהתאם למדיניותו השיפוטית הקודמת של בית המשפט הנכבד לא היה מקום להתערבותו בפעילות המשיבים כנגדה.

* **החלטת בית המשפט בבג"צ 1936/11 מיום 1.8.2012 מצ"ב ומסומנת נספח ז'.**

1. לעובדה כי מדובר בשינוי הגישה ניתן למצוא תימוכין אף בתגובתם של המשיבים לבג"ץ 1936/11 הנ"ל, בה טענו, נאמנים לגישה הקודמת של בית המשפט, כי אין כל עילה המצדיקה את התערבותו של בית המשפט בפעולות האכיפה שהם נוקטים כנגד הבניה נשואת העתירה.

* **תגובת המדינה בבג"ץ 1936/11 מיום 1.5.2011 מצ"ב ומסומנת נספח ח'.**

1. אולם עינינו הרואות - ככל הנראה סבור בית המשפט כי הגישה הנושנה כשלה וכי יש לתקנה וזאת לאור התחושה כי אכן מצב האכיפה במרחב יהודה ושומרון הינו כזה שהרשויות מתעלמות מחובתן לאכוף את החוק, במיוחד כנגד הפרות חוק העומדות בעדיפות נמוכה במדרג סדרי העדיפויות של המשיבים ועל כן הגישה הנוכחית, לאור פסק הדין בבג"ץ 2306/11 הנ"ל, גורסת כי על בית המשפט להעמיק את התערבותו בבחינת אופן ביצוע הליכי האכיפה כנגד בניה בלתי חוקית במרחב איו"ש ולהתערב גם במקרים בהם לא התערב בעבר.
2. ומן הכלל אל הפרט: בעתירה דנן מדובר במבנים בלתי חוקיים שאמורים לעמוד במקום גבוה בסולם העדיפויות של המשיבים. מדובר במאחז חדש המוקם לאור היום בלא שקיימת במקום כל תכנית אשר ניתן יהיה להנפיק מכוחה היתרי בניה, ללא בקרה וללא פיקוח כל שהם על טיב הבניה בעמידותה בסטנדרטים בטיחותיים מינימאליים ובקרבה מסוכנת לעמדת צה"ל ולישוב ישראלי.
3. עד היום לא נקטו המשיבים שום צעד אפקטיבי שיהיה בו בכדי להביא להפסקת הבניה. על הריסת הבנוי הבלתי חוקי והעמדת העבריינים לדין כלל אין מה לדבר, ומבחן התוצאה יוכיח - הבניה במקום נמשכת בקצב מואץ וכפי הנראה בתקופה הקרובה ממש היא תושלם ותאוכלס.
4. גם עוד קודם להרחבת היקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בפעילות האכיפה של המשיבים במסגרת בג"צ 2306/11 ובג"צ 1936/11 היה זה מקרה בו היתה מתבקשת התערבותו של בית המשפט הנכבד, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר לאחר הרחבת היקף ההתערבות כאמור לעיל.

**העמדת העבריינים לדין**

1. בין הסעדים המבוקשים בעתירה זו, מבקשת העותרת כי המשיבים ייתנו טעם לשאלה מדוע לא יינקטו בכל האמצעים על מנת לאתר את עברייני הבניה ויביאו אותם לדין.
2. אין מדובר בנקמנות גרידא כי אם דרישה מהמשיבים לעשות את אשר ניתן על מנת לצמצם את תופעת הבניה הבלתי חוקית במרחב איו"ש – תופעה אשר נכתב עליה רבות אולם כמעט ולא נעשה דבר על מנת לשרשה מן הקרקע.
3. העותרת סבורה כי על מנת להתמודד עם בעיה זו חייבים המשיבים להעלות את רף הפעולות הננקטות כנגד מפירי החוק, ומעבר להקשחת המדיניות בכל הנוגע להריסת הבתים עצמם חייבים המשיבים לפעול גם כנגד העבריינים.
4. הטיפול בבעיית הבניה הבלתי חוקית אינו יכול לקרות מעצמו. המשיבים צריכים להשקיע בעניין זה משאבים אשר יופנו להגברת הפיקוח, הגברת פעולות האכיפה וכן ביצוע חקירות לאיתור העבריינים והבאתם לדין.
5. העמדת העבריינים למשפט ומיצוי הדין עימם יגרמו להפחתת הזלזול בחוק וירתיעו עבריינים מביצוע עבירות בעתיד. העותרת סבורה כי צעד זה, יחד עם הריסת המבנים הבלתי חוקיים 'ישדרו' לשטח כי הפרת החוק איננה משתלמת.
6. יש להזכיר בעניין זה את **"הצו בדבר תכנון ערים כפרים ובניינים (תיקון מספר 19) (יהודה ושומרון) (מס' 1585) התשס"ז-2007** אשר נחתם ביום 25.1.2007 ואשר הטיל חבות פלילית (אשר לא היתה קיימת באזור) על עברייני בניה וקבע עונש של עד שנתיים מאסר.

* **העתק "הצו בדבר תכנון ערים כפרים ובניינים (תיקון מספר 19) (יהודה ושומרון) (מס' 1585) התשס"ז-2007"** **מצ"ב ומסומן כנספח ט'.**

1. זאת ועוד, כאמור לעיל, במסגרת בג"צ 2306/11 המשיבים נדרשו לעדכן מעת לעת על התקדמותה של חקירה משטרתית לאיתור העבריינים וכך גם במקרים נוספים מן העת האחרונה.

**סיכום הנימוקים לצו על תנאי**

1. **מן האמור לעיל עולה שהמבנים נשוא העתירה, שאינם מאוכלסים ויש בהם סיכון בטחוני ועל כן הם אמורים לעמוד בראש סדרי העדיפויות של המשיבים בכל הנוגע לביצוע פעולות אכיפה, כולל הריסת המבנים.**

**עצם העובדה כי בניית המבנים נמשכת גם בימים אלו מהווה מחדל של המשיבים שאין לאפשרו ואשר על כן יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש ברישא של עתירה זו ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעונים בעל-פה להופכו למוחלט.**

**ואלו הנימוקים בעתירה לצו ביניים:**

1. כאמור בפתח עתירה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים שיורה למשיבים **לנקוט לאלתר בכל האמצעים העומדים לרשותם בכדי למנוע את אכלוסם של המבנים המצויים בשלבי בנייה סופיים, למנוע את המשך בנייתם וסיומה ולמנוע כל שימוש או שינוי במבנים והכל עד למתן פסק דין סופי בעתירה זו.**
2. כפי שצויין בחלק העובדתי של העתירה, המבנים מצויים בשלבי בניה סופיים. המשך הבניה, השלמת המבנים ואכלוסם יצור מציאות בלתי הפיכה אשר תהפוך כל פעולת אכיפה למורכבת ומסובכת הרבה יותר ותסכל את הסעדים המבוקשים בעתירה זו.
3. השלמת המבנים ואכלוסם יביאו לכך שכל פעולה של אכיפה, במיוחד אם היא פעולה של ביצוע צווי הריסה והשבה של המצב לקדמותו תהפוך למסובכת הרבה יותר, עד כדי בלתי אפשרית. בהמשך העבודות יש משום קביעת עובדות בשטח עובדות המקשות מאוד כבר היום ובודאי עוד יקשו על פעולות האכיפה.
4. היות והבנייה מתבצעת בקצב מהיר ורוב המבנים כבר הושלמו ונותרו רק עבודות אחרונות - קיים חשש ממשי לאכלוסם בקרוב. אכלוס יערים קשיים של ממש על מימוש הסעד המבוקש בעתירה זו, ויסבך את ביצוע הפעולות הנדרשות לאכיפת החוק.
5. מכל הטעמים הללו, ולאור סירוב המשיבים לנקוט באמצעים הדרושים, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים כמבוקש ולהורות למשיבים לנקוט בכל האמצעים העומדים לרשותם כדי למנוע את המשך ביצוע עבודות הבניה במבנה, נשוא עתירה זו, וזאת עד למתן פסק-דין בעתירה.
6. יציין כי כאמור לעיל, רק במהלך השנה האחרונה ניתנו על ידי בית משפט נכבד זה מספר צווי ביניים המופנים כנגד המשך ביצוע עבודות באתרי בניה שהיו בלתי חוקיים לכאורה. כך, בבג"ץ 1936/11 **גמאל דראגמה ואח' נגד שר הבטחון ואח',** ניתן צו ביניים ביום 25.9.2011 כנגד המשך הבניה נשוא העתירה דהתם.

* **צו הביניים שניתן בבג"צ 1936/11 ביום 25.9.2011 מצ"ב כנספח י'.**

1. העותרת מבקשת כי צו הביניים יכלול מעיקרו את מחזיק המבנה ו/או מבצעי הבניה הבלתי חוקית. יצויין כי גם בבג"צ 1936/11 הנ"ל ניתן צו ביניים אף בלא שצורפו המחזיקים אלא רק המועצה האזורית.
2. בנוסף ומבלי לפגוע בטענות האמורות לעיל, מתבקש בית המשפט לקחת בחשבון כי מדובר בבנייה פיראטית מסוכנת אשר בוצעה, ככל הנראה, ללא פיקוח הנדסי ראוי. הוצאת צו ביניים למניעת המשך הבניה ואכלוס המבנים יבטיח כי במבנים אלו, אשר רמת בנייתם איננה מובטחת, לא ייתגוררו בני אדם תוך סיכון בריאותם וחייהם.

**ואלו הנימוקים בעתירה לצו ארעי:**

1. כאמור בפתח עתירה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו, **זהה לצו הביניים המבוקש, וזאת עוד בטרם קבלת תגובת המשיבים לבקשה לצו הביניים ואשר יעמוד בתוקפו עד למתן החלטה בבקשה לצו הביניים.**
2. **נסיון העבר ממקרים דומים מלמד כי עצם הגשת עתירה מהווה זרז משמעותי להשלמת המבנים ואכלוסם**. לא מן הנמנע כי בוני המבנים - אשר זהותם כלל אינה ידועה לעותרים, יעשו ככל שביכולתם על מנת להשלימם ולאכלסם תוך זמן קצר. על כן, אי הוצאת צו ארעי כמבוקש עשויה לסכל את הדיון עתירה זו ועל כן מתבקש צו הארעי.
3. עתירה זו נתמכת בתצהירו של העותר 2, מר עובד ארד.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

בועז ארזי, עו"ד

ב"כ העותרת

היום \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**ת צ ה י ר**

1. אני הח"מ, עובדיה ארד (ת.ז. 060403391), לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי באם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת כדלקמן:
2. הנני עושה תצהירי זה בתמיכה לעתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים שהוגשה ע"י עמותת רגבים כנגד שר הבטחון (מר אהוד ברק) ואח'.
3. אני משמש כרכז יו"ש של העותרת ומתוקף תפקידי סיירתי ואיתרתי את האתרים הנכללים בעתירה.
4. הנני מצהיר כי כל העובדות והטענות שמובאות בעתירה נכונות למיטב ידיעתי, הבנתי ואמונתי.

זה שמי, זו חתימתי וכל האמור לעיל אמת.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**א י מ ו ת ח ת י מ ה**

היום, 7 אוגוסט 2012, התייצב בפני - עו"ד בועז ארזי - מר עובדיה ארד המוכר לי אישית, וחתם על תצהירו זה, לאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת, וכי באם לא יעשה כן יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

עו"ד בועז ארזי

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| נספח | פירוט | עמוד |
| **א** | **תצלום אויר מיום 17 אוגוסט 2012 אשר על גביו מסומנים המבנים** |  |
| **ב** | **מכתב ב"כ העותרת מיום 19 ינואר 2012** |  |
| **ג** | **תשובת המנהל האזרחי מיום 4 יוני 2012** |  |
| **ד** | **תמונות המבנים כפי שצולמו ביום 5 אוגוסט 2012** |  |
| **ה** | **מכתב ב"כ העותרת מיום 6 אוגוסט 2012** |  |
| **ו** | **פסק הדין בעתירה בבג"ץ 2306/11** |  |
| **ז** | **החלטת בית המשפט בבג"צ 1936/11 מיום 1.8.2012** |  |
| **ח** | **תגובת המדינה בבג"ץ 1936/11 מיום 1.5.2011** |  |
| **ט** | **הצו בדבר תכנון ערים כפרים ובניינים (תיקון מספר 19) (יהודה ושומרון) (מס' 1585) התשס"ז-2007** |  |
| **י** | **צו הביניים שניתן בבג"צ 1936/11 ביום 25.9.2011** |  |

**נספח א'**

**תצלום אויר מיום 17 אוגוסט 2012 אשר על גביו מסומנים המבנים**

נספח א'

תצלום אויר מיום 17 אוגוסט 2012 אשר על גביו מסומנים המבנים

**נספח ב'**

**מכתב ב"כ העותרת מיום 19 ינואר 2012**

נספח ב'

מכתב ב"כ העותרת מיום 19 ינואר 2012

**נספח ג'**

**תשובת המנהל האזרחי מיום 4 יוני 2012**

נספח ג'

תשובת המנהל האזרחי מיום 4 יוני 2012

**נספח ד'**

**תמונות המבנים כפי שצולמו ביום 5 אוגוסט 2012**

נספח ד'

תמונות המבנים כפי שצולמו ביום 5 אוגוסט 2012

**נספח ה'**

**מכתב ב"כ העותרת מיום 6 אוגוסט 2012**

נספח ה'

מכתב ב"כ העותרת מיום 6 אוגוסט 2012

**נספח ו'**

**פסק הדין בעתירה בבג"ץ 2306/11**

נספח ו'

פסק הדין בעתירה בבג"ץ 2306/11

**נספח ז'**

**החלטת בית המשפט בבג"צ 1936/11 מיום 1.8.2012**

נספח ז'

החלטת בית המשפט בבג"צ 1936/11 מיום 1.8.2012

**נספח ח'**

**תגובת המדינה בבג"ץ 1936/11 מיום 1.5.2011**

נספח ח'

תגובת המדינה בבג"ץ 1936/11 מיום 1.5.2011

**נספח ט'**

**הצו בדבר תכנון ערים כפרים ובניינים (תיקון מספר 19) (יהודה ושומרון) (מס' 1585) התשס"ז-2007**

נספח ט'

הצו בדבר תכנון ערים כפרים ובניינים (תיקון מספר 19) (יהודה ושומרון) (מס' 1585) התשס"ז-2007

**נספח י'**

**צו הביניים שניתן בבג"צ 1936/11 ביום 25.9.2011**

נספח י'

צו הביניים שניתן בבג"צ 1936/11 ביום 25.9.2011