

בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

רגבים, ע.ר. 580460319

ע"י ב"כ עוה"ד אבי סגל ו/או יעל סינמון ו/או דוד סגל
מרחוב טורא 32א, ימין משה, ירושלים, 9410232
טל: 02-6333793 ; פקס: 02-6333795

העותרת

נ ג ד

1. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה בירושלים
2. עיריית ירושלים – באמצעות ראש העירייה, מר משה ליאון
ע"י הלשכה המשפטית, עיריית ירושלים, רח' כיכר ספרא 1, ירושלים
טל: 02-6297648 ; פקס: 02-6296534
3. היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבניה
דרך בגין 125, קומה 13, תל אביב יפו 67012
4. כנסיית דורמציון
הר ציון, ת.ד. 22, ירושלים 91000
טל: 02-5655330 ; פקס: 02-5655332

המשיבות

עתירה מנהלית

"מעם ה' צְבָאוֹת הַשָּׁמַיִם בְּהַר צִיּוֹן" (ישעיהו, פרק ח', פסוק י"ח)

זוהי עתירה לפיה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבות 1-3 (להלן: "המשיבות") לפעול לאלתר בהתאם לסמכויותיהן הקבועות בחוק, ובכלל זה בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה" או "החוק") לשם הוצאה ומימוש של צו הריסה ביחס למנהרה שנחפרה ללא כל היתר ובניגוד לכל דין במתחם הר ציון בירושלים, ולשם השבת המצב בשטח לקדמותו.

לאור העובדה כי המנהרה הבלתי חוקית נבנתה בחלקה על מקרקעי ציבור הנמצאים בבעלות המשיבה 2, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה 2 לפעול מכח הוראות חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע) תשמ"א - 1981, ולהוציא צו לסילוק ופינוי הפולשים מהמקרקעין והחזרת המצב בשטח לקדמותו.

כן יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבות לנמק מדוע אינן נוקטות בהליכים פליליים ומנהליים כנגד עברייני הבניה, אשר בנו את המנהרה הבלתי חוקית.

כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות בהוצאות משפט ובשכר טרחת עו"ד בתוספת מע"מ כדין.
ואלו נימוקי העתירה:

א. מבוא – כללי:

עניינה של עתירה זו, במעשיהן ובמחדליהן של המשיבות. המשיבות פועלות בניגוד לדין ותוך חריגה ניכרת מכל אמת מידה מקובלת של התנהגות ציבורית ומנהל תקין, תוך התעלמות מוחלטת מחובתן לאכוף את דיני התכנון והבנייה וכל דין אחר החל באזור.

המשיבות אשר אחראיות על אכיפת דיני התכנון והבניה באזור ירושלים, התפרקו מחובתן ואפשרו (בפועל ממש או בשתיקה) את בנייתה והקמתה של מנהרה תת קרקעית באורך עשרות מטרים, ע"י המשיבה 4 ו/או ע"י מי מטעמה, ללא כל היתר ובניגוד לכל דין, תוך השתלטות, בין היתר, על מקרקעי ציבור שבבעלות המשיבה 2.

המשיבות עוצמות עיניים ומאפשרות את המשך השימוש במנהרה הבלתי חוקית, חרף העובדה כי הינה מהווה סכנה לציבור, הן לציבור המשתמשים בה והן לעוברי האורח במקום, על כל הנובע והמשתמע מהקמת מנהרה תת קרקעית בת עשרות מטרים ללא כל היתר ורישיון וללא כל עמידה בתנאי הבטיחות הנדרשים, והכל תוך התעלמות מחובתן החוקית לאכוף את חוקי התכנון והבניה, להגן על שלום הציבור ולשמור על מקרקעי הציבור.

למען הסדר הטוב יובהר, כי עתירה זו מוגשת רק לאחר שהעותרת מיצתה את יתר ההליכים שעמדו לרשותה, ובכלל זה פניות חוזרות ונשנות שנעשו למשיבות ושנענו ריקם, זאת בניגוד להוראות החוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט - 1958.

בנסיבות אלו, ומשפניותיה של העותרת לא זכו לכלל מענה, ושעה שמדיניות אי המעש של הרשויות בכל הנוגע להפרת חוקי התכנון והבניה הביאה למצב שבאזור זה אין דין ואין דיין ואיש הישר בעיניו יעשה, לא נותרה בידי העותרת כל ברירה, מלבד לפנות לבית המשפט הנכבד בגדרי עתירה זו.

העותרת תבקש להביא לתשומת לב בית המשפט הנכבד את העובדה כי המשיבות לא טרחו בכלל לענות לפניות העותרת, זאת בניגוד להוראות הברורות של הדין. העותרת סבורה כי מן הראוי יהיה שבית המשפט הנכבד יתן משקל לעובדה זו בעת פסיקת ההוצאות בסיום ההליך.

ב. הצדדים לעתירה:

1. העותרת הינה תנועה ציבורית, אשר שמה לה למטרה, בין היתר, לבדוק ולבקר את פעולת הרשויות המנהליות בדרך טיפולן בנושאי מדיניות קרקעית וסביבתית כך שיפעלו בהתאם לחוק ולכללי מנהל תקין.

2. משיבה מס' 1 הינה הועדה המקומית לתכנון ובניה בירושלים אשר בסמכותה וחובתה לאכוף את חוקי התכנון והבניה החלים באזור.

3. משיבה מס' 2 הינה עיריית ירושלים, המופקדת, בין היתר, על התחום המוניציפאלי של העיר ירושלים, על תכנון ופיתוח העיר, ובכלל זה על אכיפת חוק התכנון והבניה בתחומה וכן על סילוק פולשים משטחה.

4. משיבה מס' 3 הינה היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבניה אשר מחובתה לצמצם את עבירות הבניה במדינת ישראל ולשמור על שטחים חיוניים באמצעות אכיפה הרתעתית בכל מרחבי התכנון והבקרה, לסייע לוועדות המקומיות במרחבי התכנון המקומיים. היחידה הארצית מבצעת אכיפה במרחב התכנון המקומי מכוח חוק התכנון והבניה (תיקון 116), התשע"ז – 2017.

5. משיבה מס' 4 הינה המחזיקה והמשתמשת במנהרה הבלתי חוקית מושא העתירה שבכותרת.

ג. העובדות:

6. הר ציון ממוקם בדרום מערב העיר העתיקה של ירושלים והינו אתר בעל חשיבות היסטורית וארכיאולוגית ראשונה במעלה לשלושת הדתות המונותאיסטיות. בין יתר הממצאים שנתגלו על ההר, נמצא קברו של דוד המלך, וכן מצויה על גביו החומה הראשונה (המכונה גם החומה הישנה) היא אחת מתוך שלוש חומות חזקות ומבוצרות שנבנו להגנתה של ירושלים. חומה זאת נבנתה בתקופת החשמונאים, אך יסודותיה קדומים יותר והונחו כבר בתקופת בית ראשון.

7. באזור מתחם הר ציון שבירושלים נתגלתה מנהרה תת קרקעית בת עשרות מטרים המובילה מכנסיית הדורמציון (בגוש 30032 חלקה 13) למתחם "בית יוסף" (בגוש 30032 חלקה 25) במקום, שנבנתה ללא כל היתר ובניגוד לכל דין, בתחום אזור המיועד לשימור במסגרת תכנית "סובב חומות ירושלים" (להלן: "המנהרה הבלתי חוקית").

8. חלק ניכר מתוואי המנהרה הבלתי חוקית עובר תחת מקרקעין אשר בבעלות המשיבה 2, ואשר מהווים מקרקעי ציבור (בגוש 30032 חלקה 57).

מצ"ב העתק נסח מלשכת רישום המקרקעין ומסומן כנספח א'.

9. המנהרה הבלתי חוקית משמשת את המשיבה 4, המשמשת כמוסד דתי עם מאפיינים ציבוריים מובהקים ואת ציבור מאמיניה, על כל הנובע והמשתמע מכך.

10. להלן תצלום אויר עם סימון מיקום המנהרה הבלתי חוקית:

העיר ו/או גופים אחרים לשלם בהתאם לנדרש תשלומי ארנונה, אגרות והיטלי בניה ומס כדין.

ד. מיצוי הליכים :

18. ביום 13.7.2020, פנתה העותרת אל המשיבות 1 ו-3 בהתאם לחוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: "חוק ההנמקות"). בפנייתה זו דרשה העותרת, בין היתר, מאותן המשיבות כי ינקטו בהליכי פיקוח ואכיפה כנגד המנהרה הבלתי חוקית והשבת המצב בשטח לקדמותו.

מצ"ב העתק פנייתה של העותרת אל המשיבות 1 ו-3 מיום 13.7.20, ומסומן כנספח ב'.

19. באותו היום, 13.7.2020, פנתה העותרת אף אל המשיבה 2, באמצעות ראש העיר – מר משה ליאון, בהתאם להוראות חוק ההנמקות בדרישה כי תפעל לסילוק הפלישה למקרקעי הציבור ולאטימת המנהרה הבלתי חוקית.

מצ"ב העתק פניית העותרת אל המשיבה 2 מיום 13.7.2020, ומסומן כנספח ג'.

20. משלא התקבלה כל תגובה למי מפניות העותרת לעיל מטעם המשיבות בניגוד לחוק ההנמקות, פנתה העותרת, ביום 7.9.2020, פעם נוספת אל המשיבות לעיל בהודעת תזכורת לפניותיה האמורות לעיל.

מצ"ב העתק הודעות התזכורת מאת העותרת מיום 7.9.2020, ומסומן במאוחד כנספח ד'.

21. משלא התקבל כל מענה אף לפניותיה אלו של העותרת, פנתה היא ביום 19.10.2020, פעם נוספת שלישית במספר, אל המשיבות 1-3 בהודעת תזכורת נוספת לפניותיה האמורות לעיל.

מצ"ב העתק הודעות התזכורת מאת העותרת מיום 19.10.2020, ומסומן במאוחד כנספח ה'.

22. חרף הוראות חוק ההנמקות וחרף פניותיה החוזרות ונשנות של העותרת אל המשיבות, לא התקבל כל מענה למלוא פניותיה אלו של העותרת עד למועד הגשת העתירה שבכותרת, ולא כל שכן שלא נעשתה כל פעולה ממשית לשם הפסקת השימוש במנהרה הבלתי חוקית, כל זאת בשעה שהשימוש במנהרה ממשיך, חרף הסיכון העצום לשלום הציבור, כמתואר לעיל בהרחבה.

23. העותרת עומדת חסרת אונים בפני התנהלות המשיבות, שלדין דיני התכנון והבניה, כמו גם החובה להפעיל שיקול דעת, לנהוג בסבירות ובתום לב בהפעלת סמכויותיהן, הינם בגדר אות מתה.

24. העותרת תטען כי יש לייחס חומרה רבה לבניית מנהרה בלתי חוקית זו, שכן מעבר לעובדה כי מנהרה זו נבנתה ללא היתרי בניה ובניגוד לכל דין, וללא עמידה בתקני הבטיחות הנדרשים לבניית מנהרה תת קרקעית, תוך יצירת סכנה חמורה ומידית לשלומם של משתמשי המנהרה ועוברי האורח במקום, אלא שזו נבנתה בחלקה הגדול על גבי מקרקעי ציבור באזור המיועד לשימור במסגרת תכנית "סובב חומות ירושלים", וממילא ברי כי היה על המשיבות להעמיד בראש סדרי העדיפויות את אכיפת החוק במקרה דנן.

25. זאת ועוד, וכנ"ל, אכיפת החוק כנגד חפירת מנהרה באופן בלתי חוקי באזור בעל רגישות היסטורית וארכיאולוגית לשלושת הדתות המונותאיסטיות, תוך פגיעה (בפועל או בפוטנציאל) בממצאים הקיימים במקום, הייתה צריכה לעמוד בראש סדרי העדיפויות של המשיבים, אך דבר לא נעשה על ידם עד מועד זה.

26. לצערה הרב של העותרת, אין בהתנערותן של המשיבות מחובתן לאכוף את החוק באזור כל חדש. עבריינות הבנייה באזור זה נהנית מסיוע בעקיפין של רשויות החוק, ומתקבלת בשלווה גמורה אצל המשיבות האמונות על שמירת ואכיפת החוק במקום.

27. כאמור, חומרת התנהלותן של המשיבות מתעצמת שבעתיים לנוכח העובדה שעברייני הבנייה לא בנו באופן בלתי חוקי על גבי "סתם" אדמות, אשר קיימת אופציה עתידית להכשירן, אלא שבנו הם על גבי לב ליבה של בירת ישראל, על גבי שטחים המהווים מקרקעי ציבור ואשר הינם בבעלות המשיבה 2, כך שאין כל אפשרות להכשיר את הבניה בהן, אף לא בדיעבד.

28. **ויובהר – כי מדיניות אי המעש של הרשויות בכל הנוגע לעבירות הבניה הביאה למצב שבאזור זה אין דין ואין דיין ואיש הישר בעיניו יעשה. דהיינו, עברייני הבניה הבינו שכשם שאין אכיפה בכל הנוגע לעבירות הבניה אותם הם מבצעים באופן שיטתי כך אין אכיפה אף לגבי יתר החוקים החלים באזור ובאופן זה מרשים הם לעצמם לגזול ולהשתלט על אדמות אשר לא שייכות להם.**

29. לאור האמור, ברי כי פעולת האכיפה כנגד המנהרה הבלתי חוקית הייתה אמורה להיות בראש סדרי העדיפויות של גורמי האכיפה ולעותרת לא נותר אלא לחזור ולתהות – אם מצב זה לא נמצא בראש סדרי העדיפויות של המשיבות מה כן נמצא???

30. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרת אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בגדרי עתירה זו.

ה. הטיעון המשפטי:

31. המשיבות הינן רשויות מנהליות, ומחויבות לפעול ע"פ הדין ולאור עקרונות המשפט המנהלי.

32. העותרת תטען כי שיקול דעת המשיבות אינו חסין מביקורת שיפוטית, וכי ראוי כי בית המשפט הנכבד יתערב בשיקול דעתן, במסגרת עילות הביקורת, כפי שאלו גובשו במשפט המנהלי.

המשיבות מתעלמות מהוראות חוק התכנון והבניה ומחובתן להפעיל סמכותן על פי חוק זה -

33. סעיף 27(א) לחוק התכנון והבניה קובע, כי: "מתפקידה של הועדה המקומית ושל כל רשות מקומית במרחב תכנון הכולל תחום של יותר מרשות מקומית אחת להבטיח את קיומן של הוראות חוק זה וכל תקנה על פיו".

34. הוראות חוק התכנון והבניה מעניקות למשיבות סמכויות פעולה נרחבות, משפטיות ו/או מנהליות, הן כנגד עברייני בניה שבנו שלא כחוק והן כנגד המחזיק והמשתמש במבנה שנבנה ללא היתר.

35. כך, בין היתר קובע סעי' 145 (א) לחוק התכנון והבניה, כי:

(א) לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו אלא לאחר שנתנה לו רשות הרישוי המקומית היתר לכך ולא יעשה אותו אלא בהתאם לתנאי ההיתר:

(1) התווייתה של דרך, סלילתה וסגירתה;

(2) הקמתו של בנין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה לבנין קיים וכל תיקון בו, למעט שינוי פנימי בדירה;

בפסקה זו –

”שינוי פנימי” – שינוי שאינו נוגע לצד החיצוני של הבנין, אינו פוגע בחזיתו או במראהו או בשלד של הבנין או ברכוש משותף או בצנרת או ציוד אחר המשרתים גם דירות אחרות, אינו פוגע בזולת ואינו משנה את שטחה של הדירה למעט תוספת של שטח מרפסת שנסגרה כדין או את מספרן של יחידות הדירור;

”דירה” – חדר או תא, או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר;

(3) כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות כעבודה או כשימוש הטעונים היתר כדי להבטיח ביצוע כל תכנית.

36. כמתואר לעיל, המנהרה התת קרקעית מושא העתירה שבכותרת נבנתה ללא כל היתר ובניגוד לכל דין, ללא שהמשיבות נקטו בכל פעולה ממשית ואופרטיבית על מנת לשמור על הוראות חוק התכנון והבניה, וממילא ברי כי מתחייבת במקרה דנן התערבות שיפוטית על מנת לכפות על רשויות האכיפה את הפעלת סמכותם (ראו: בג”ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ’ ממשלת ישראל ואח’**, פ”ד מז(5), 404, 421).

37. זאת ועוד, סעיף 236 לפקודת העיריות [נוסח חדש] מטיל, בין היתר, חובה על המשיבות לפקח על בניית בניינים הנמצאים בתחום אחריותן המוניציפאלי, כאשר מנהרה בענייננו נכללת בהגדרת ”מבנה”.

38. במסגרת תיקון 116 לחוק התכנון והבניה נקבע כי במקרים מסוימים יכולה את המשיבה 3 להיכנס לנעלי המשיבה 1 ולהוציא תחת ידיה צו הריסה מנהלי ו/או צו להפסקת שימוש.

39. ודוק. בענייננו קובע חוק התכנון והבניה כי קיימת סמכות מקבילה וחובה של המשיבה 3 לנקוט בפעולות אכיפה כנגד המנהרה הבלתי חוקית, שכן בענייננו המשיבה 1 אינה מפעילה בכלל את סמכותה במקום ואינה נוקטת בכל פעולות אכיפה כנגד המנהרה הבלתי חוקית, ומשכך מראית פני הצדק מחייבת את התערבות המשיבה 3 והפעלת סמכויותיה לפי הדין.

40. דא עקא, המשיבות כולן בחרו שלא לנקוט בכל פעולה כנגד המנהרה הבלתי חוקית ובונה ולהתפרק הלכה למעשה מחובתן לפעול בהתאם להוראות חוק התכנון והבניה ו/או כל דין אחר. המדובר במחדלים בלתי סבירים מצד המשיבות, האמונות על אכיפת החוק במקום.

41. חומרתן היתרה של עבירות הבניה מתבטאת בכך שהן מופנות ומתריסות בשלטון החוק. עמד על כב’ השופט חשין ברע”פ 5584/03 **פינטו נ’ עיריית חיפה**, פ”ד נט(3), 577, בעמ’ 587, בצטטו את דברי כב’ השופט שמגר שנאמרו בעניין דומה:

"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".

42. **דברים אלו יפים שבעתיים לעניין בניה בלתי חוקית אשר נעשתה תוך השתלטות על מקרקעי ציבור ועם השלכות כה מהותיות בכל היבט אפשרי – חוקתי, סביבתי, בטיחותי, כלכלי ועוד.**

43. כאמור, על המשיבות מוטלת החובה לפעול לאכיפת החוק במקום, לפקח פיקוח של ממש – פיקוח הדוק, מלא, צמוד ורצוף על הנעשה בשטח, ולבצע אכיפה בסבירות, בתום לב, בהיגיון ובכבוד ראש.

44. העותרת תטען כי בענייננו התפרקו המשיבות באופן בלתי סביר בעליל מחובתן לאכוף את החוק ובחרו במקרה הטוב להעלים עין מהפרת החוק המתבצעת עם השימוש במנהרה התת קרקעית הבלתי חוקית ולהגיב כלפיה בבחינת "שב ואל תעשה", ובמקרה הפחות טוב נתנו ידן בפועל ממש להקמת המנהרה הבלתי חוקית ולהמשך השימוש בה חרף הסיכון לשלום הציבור הכרוך מעצם טיבו עם המשך השימוש במנהרה, באופן המאפשר ומחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד דנן.

45. בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור לה(1) 421, נקבע כדלקמן:

"ההלכה של בית-משפט זה רואה בחוסר הסבירות עילת פסלות העומדת על רגליה היא, ומכוחה יפסול שיקול-דעת מנהלי בלתי סביר, גם אם תוצאתו אינה החלטה שרירותית, וגם אם ההחלטה התקבלה בתום-לב תוך שקילת כל הגורמים הנוגעים לעניין והגורמים אלה בלבד".

46. בבג"ץ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421, נקבע ע"י כב' הנשיא שמגר, כי:

"לא רק הפעלת הסמכות בנסיבות שבהן הפעלתה בלתי סבירה, אלא גם הימנעות מהפעלת סמכות שבשיקול דעת בשל טעמים בלתי סבירים, יכולה להוליך למסקנה כי ההימנעות מפעולה בטלה".

47. יפים לענייננו אף דבריו של בית המשפט הנכבד בעת"מ 2579/06 ששון נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ת"א ואח', שם קבע כי הוא יתערב בהחלטות הרשויות שלא לאכוף את החוק, כאשר:

"במצב של הימנעות מתמשכת מהפעלת הסמכות האכפתית בלי שתהיה לכך הצדקה עניינית וסבירה כמו במקרים של התנערות לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק או חוסר סבירות קיצונית"

48. דהיינו, ניתן לומר כי הביקורת המופעלת על ידי בית המשפט הנכבד במקרה של מחדל, כמוה במקרה של מעשה פסול, שכן הסירוב לפעול, אם במפורש או במשתמע, אף הוא בגדר החלטה, ולכן כפוף לאותם כללים, לרבות כללי הפעולה בסבירות.

49. בענייננו, המשיבות יודעות מזה זמן רב על קיומה של המנהרה הבלתי חוקית, שחלק ניכר ממנה עובר על גבי מקרקעי ציבור ובניגוד לכל דין, הדבר אף הובא לידיעת המשיבות ע"י העותרת, חרף זאת לא נקטו המשיבות בכל פעולות לאכיפת החוק במקום.

50. העותרת תטען כי אין זה סביר בעליל כי למרות הזמן הרב שעבר ולמרות ההשלכות הכה חמורות של המשך השימוש במנהרה הבלתי חוקית, לא ראו לנכון המשיבות, האמונות על ביצוען של הוראות הדין ועל הגנת האינטרס הציבורי, לאכוף את הוראות החוק במקום ולהשיב את המצב בשטח לקדמותו.

51. מן הנתונים מצטיירת תמונה עגומה על מצב שלטון החוק באזור, תמונה חמורה שבשום אופן אין להשלים עמה. רשויות האכיפה, הלכה למעשה, נוקטות במדיניות ברורה של אי אכיפת שמירת הסדר הציבורי וחוקי התכנון והבניה גם כאשר מדובר במחיר כה כבד ובפגיעה כה קשה בכל היבט שעשוי להיות רלוונטי - תכנוני, חוקתי, תודעתי, בטיחותי, סביבתי, כלכלי וכיו"ב.

52. בית משפט נכבד זה עמד לא אחת על חובתן של הרשויות למלא את חובתן החוקית:

"ועדיין לא דיברנו - ויכולנו להוסיף ולדבר ארוכות - על המכה האנושה שמחדלי-אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק. חוק שהרשויות אינן עושות לאכיפתו כהלכתו, יפה היה לו שלא נחקק משנחקק. חוק שאינו נאכף מוטב לו שלא ייחקק, משיחקק ולא ייאכף. חוקים לא נועדו לצדיקים גמורים. ומי שאינו צדיק גמור, אל נביאנו לידי ניסיון שמא יחטא. חוק המבזה בשער בת-רבים יביא לרפיון גם מעבר לתחומיו, ובית-המשפט לא ישלים עם תופעה זו"

(ראה: בג"ץ 96 / 53 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר נב (2) 1, עמוד 12-13).

53. בענייננו, אין מחלוקת באשר לצורך בקבלת היתר לשם בניית המנהרה הבלתי חוקית נשוא העתירה ועל כן סוגיית אי חוקיות המנהרה איננה צריכה הרחבה. כן אין ולא יכולה להיות מחלוקת בנוגע לכך שמנהרה בלתי חוקית זו נבנתה בחלקה הגדול על גבי מקרקעי ציבור.

54. מחדלן של המשיבות מלפעול כנגד הבניה הבלתי חוקית וכנגד עברייני הבניה אשר פעלו באופן המנוגד לחוק, מצביע על חוסר סבירות קיצוני בפעולתן ועל שיקול דעת בלתי סביר בעליל, והכל תוך פגיעה בשלטון החוק במדינת ישראל ובאמון הציבור ברשויות המדינה.

55. המשיבות מנצלות את שיקול הדעת הרחב שבית המשפט הנכבד מעניק לרשויות האכיפה במילוי תפקידן. אולם, גם שיקול דעת רחב זה אינו מקנה לרשויות מרחב בלתי מוגבל למלא את חובתן:

"ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות, מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדמורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה"

(בג"ץ 65 / 295 הלל אופנהימר, ו-7 אח' נ' שר הפנים והבריאות כ (1) 309, עמוד 32)

המשיבה 2 מתעלמת מחובתה לסלק פולשים ממקרקעי ציבור -

56. סעיף 4 לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), תשמ"א-1981, קובע כי: "תפס אדם מקרקעי ציבור, ושוכנע הממונה, לאחר שעיון בדין וחשבון בכתב מאת פקח שביקר במקום ועל סמך מסמכים לעניין הזכויות במקרקעי הציבור ולאחר שנתן לתופס הזדמנות לטעון את טענותיו לפניו, כי תפיסתם הייתה שלא כדין, רשאי הממונה, בתוך שישה חודשים מיום

שהתברר לו כי התפיסה הייתה שלא כדון, ולא יאוחר משלושים ושישה חודשים מיום התפיסה, לתת צו בחתימת ידו, הדורש מהתופס לסלק את ידו ממקרקעי הציבור ולפנותם, כפי שקבע בצו ועד למועד שקבע בו (להלן – מועד הסילוק והפינוי), ובלבד שהמועד האמור לא יקדם מתום שלושים ימים מיום מסירת הצו.”

57. ודוק. חוק סילוק פולשים הרחיב באופן ניכר את זכותה של המדינה לפעול להגנת קרקעותיה מפני פולשים על דרך של פעולה עצמית בלא היזקקות לערכאות משפט. חוק זה חל על מקרקעי ישראל, כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ועל מקרקעין של רשות מקומית, והוא קובע בעיקרו כי הרשות המוסמכת על-פי החוק רשאית להוציא צו סילוק יד כנגד פולש ללא צורך בפנייה לערכאות המשפט.

58. מטרתו של סעיף זה לאפשר לרשות המקומית לדאוג לקרקעות הציבור ולנכסי הכלל, ובכך משרתת פעולתה את טובת הציבור הרחב.

59. בעניין זה כבר נקבע ברע"א 2983/15 בוסקילה נ' מנהל מקרקעי ישראל (נבו), כי: "יש לזכור את תכליתו של חוק מקרקעי ציבור – מתן כלי אפקטיבי למדינה להילחם בתופעה של השתלטות שלא כדון על מקרקעי ציבור באמצעות נקיטת הליכים מחוץ לבית המשפט לסילוק פולשים בדרך של "עזרה עצמית"..."

60. דברים אלו יפים שבעתיים עת הפולשים חפרו מנהרה מתחת לשטחי המשיבה 2, אשר הינם מקרקעי ציבור, ללא כל היתר, פיקוח ורישיון, תוך יצירת סיכון בטיחותי לעוברי האורח במקום.

61. ויודגש, אחריות המשיבות בענייננו אינה רק לשמור על מקרקעיה מפני פולשים. אחריות זו מתגברת ומתרחבת עת הפולשים במעשיהם יוצרים סיכון בטיחותי על גבי המקרקעין הציבוריים לכלל הציבור, או אז אחריות המשיבות הינה אף לדאוג לשלום ובטיחות האזרחים בהיותה בעלת המקרקעין במקום.

62. דא עקא, בענייננו, המשיבה 2 פועלת באופן בלתי סביר ואינה מבצעת כל פעולה ממשית ואופרטיבית על מנת לסלק את הפולשים ממקרקעיה ומאפשרת את המשך השימוש במנהרה הבלתי חוקית, תוך הפיכת הוראות החוק לאות מתה ותוך שמאפשרת את המשך הסיכון הבטיחותי לעוברי האורח במקום, דבר המצביע על חוסר סבירות קיצוני בפעולתה ועל שיקול דעת בלתי סביר בעליל המצדיק את התערבות בית המשפט הנכבד.

המשיבה 2 מתעלמת מחובתה לפעול למניעת סיכונים בטיחותיים במרחב הציבורי -

63. סעיף 249(13) לפקודת העיריות [נוסח חדש] קובע כי בסמכות העירייה לצוות כי יהרסו בניינים אשר מסוכנים לציבור.

64. סעיף 6א' לחוק עזר לירושלים (מבנים מסוכנים), התשמ"א – 1980, קובע כי: "אישר המהנדס או הרופא לאחר בדיקה כי בנין נתון במצב שיש בו משום סכנה מיידית למחזיקים, לציבור או לנכסים הסמוכים, רשאי ראש העירייה או הממונה על המחוז ליתן צו לסגור מיד את הבניין ולפנות ממנו את הדיירים; סירבו הדיירים לפנות את הבניין, ניתן לפנותם באמצעות המשטרה; כן רשאית העירייה לבצע את העבודות הדרושות לשם סגירתו של הבניין או הריסתו ולגבות את הוצאות הביצוע מבעל הבניין".

65. בדוח מבקר המדינה על הביקורת בשלטון המקומי (1995), עמ' 29, נקבע כי: "איתור שיטתי של מבנים מסוכנים הוא מושכל ראשון במסגרת האמצעים למניעת סכנת נפשות ונזקים הצפויים מהתמוטטות בבניינים או חלק מהם".

66. ובמילים אחרות – על המשיבה 2 מוטלת אחריות ראשונה במעלה למנוע בניה של מבנים מסוכנים העלולים לסכן את שלום הציבור ולאסור שימוש במבנים מעין אלו.

67. דא עקא, בענייננו המשיבה לא רק שלא מנעה את חפירת המנהרה הבלתי חוקית, חרף העובדה כי ברי כי חפירת מנהרה תת קרקעית, ללא כל היתר, פיקוח ורישיון, באזור המיועד לשימור, יש בו כדי להוות סיכון בטיחותי ראשון במעלה לציבור המשתמשים במנהרה ולציבור עוברי האורח במקום, אך גם בדיעבד לאחר חפירת המנהרה ועל אף שדבר קיומה של המנהרה היה ידוע היטב למשיבה 2 (ויעיד על כך פרויקט המיפוי שביצעה במקום ופניותיה הרבות של העותרת בעניין), לא טרחה המשיבה 2 לפעול לשם סגירת המנהרה ו/או הריסתה ומניעת הסכנה לציבור עד מועד זה, תוך הותרת הסיכון הבטיחותי לשלום הציבור על כנו, באופן המחייב את התערבות בית המשפט הנכבד.

68. **על יסוד כל האמור יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש ברישא של עתירה זו ולאחר קבלת תגובת המשיבות ושמיעת טיעונים בעל-פה להפכו למוחלט.**

69. כן מופנה בית המשפט לכך שבעקבות הימנעותם של המשיבות מליתן כל מענה לפניית העותרת כנדרש בסעיף 2 לחוק לתיקון סדרי מנהל, הרי שבהתאם להוראות סעיף 6 לאותו חוק נשמטת תחת רגלי המשיבות חזקת תקינות המעשה המנהלי ועליהן מוטל הנטל להוכיח בפני בית המשפט הנכבד כי הן פעלו ופועלות כדין ובסבירות בכל הקשור לאכיפת חוקי הבנייה וכל דין אחר ביחס לאמור בעתירה זו.

ו. הסעד המבוקש:

70. אשר על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו כנגד המשיבות כמבוקש ברישא של העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיבות ושמיעת טיעון בע"פ, להפכו למוחלט.

71. עוד יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות בהוצאות העותרות ובשכר טרחת עו"ד בתוספת מע"מ כדין.

72. עתירה זו נתמכת בתצהירו של מר יכין זיק, נציג העותרת.

אבי סגל, עו"ד יעל סינמון, עו"ד
ב"כ העותרת

תצהיר

אני הח"מ, יכין זיק, בעל ת.ז. מס' 040199556, לאחר שהוזהרתי כי עליי לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד, וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזה כדלקמן:

1. הנני נציג העותרת.
2. תצהירי זה ניתן בתמיכה לעתירה למתן צו על תנאי ולאימות האמור בה.
3. אני מצהיר כי כל הטענות העובדתיות המופיעות בעתירה הינן בידיעתי האישית.
4. אני מצהיר כי כל הטענות המשפטיות המופיעות בבקשה זו הינן לפי מיטב ידיעתי ואמונתי. המקור לידיעתי ולאמונתי הוא עפ"י עצה משפטית שקיבלתי.
5. אני מצהיר כי זהו שמי, זו חתימתי ותוכן הצהרתי אמת ולראייה באתי על החתום:


יכין זיק

אישור

אני הח"מ, עו"ד אבי סגל, מאשר בזה כי ביום _____ הופיע בפניי מר יכין זיק המוכר לי באופן אישי, ולאחר שהוזהרתי כי עליו לומר את האמת וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אישר נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפניי.

אבי סגל, עו"ד

חותמת