

1. מרים אסמעיל עלי מוסא,
2. סוהייר אסמעיל עלי פראג',
3. מוניר חוסיין חסן מוסא,
4. עבד חוסיין חסן מוסא,
5. עלי מוחמד עיסא מוסא,

העותרים כולם באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מוחמד שקיר, מטעם ארגון "יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם", מרח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו, 6777812, טל': 03.5275273, פקס': 03.5275274

-- נ ג ד --

המשיבים 1. שר הביטחון, ח"כ משה יעלון
2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית - אלוף רוני נומה
3. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, תא"ל דוד מנחם
4. מפקד מחוז ש"י, משטרת ישראל – ניצב שלומי מיכאל
כולם באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים.
5. המועצה האזורית גוש עציון, באמצעות עו"ד ע' סילבצקי ואח' מרח' קרן היסוד 27, ירושלים, טל' 02.6248877, פקס': 02.6248553

עתירה למתן צו על תנאי, צו ביניים וצו ארעי

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

א. למשיבים 1-4:

I. מדוע לא ינקטו בכל הפעולות הדרושות כדי להפסיק את בנייתם של מבני הקבע, בתחום המאחז הבלתי מורשה "דרך האבות", המסומנים ע"ג נספח מס' 1, (להלן: "המבנים") ולהריסתם, ובכלל זאת מדוע לא יוצאו ויאכפו צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה סופיים בעניין המבנים, ככל שאלו לא הוצאו; וכן –

II. מדוע לא ינקטו בכל פעולות הנדרשות כדי לחקור ולהעמיד לדין את האחראים לבנייה הבלתי חוקית האמורה של המבנים.

ב. למשיבה מס' 5:

I. מדוע לא תמנע מביצוע כל פעולת בניה או כל פעולה המסייעת לבנייה בקשר למבנים, בעצמה או באמצעות אחרים, במישרין או בעקיפין, ובכלל זאת מדוע לא ימנעו ממתן שירותים כלשהם למבנים, לרבות חיבורם לתשתיות מים וחשמל; וכן –

II. מדוע לא תמנע מביצוע כל פעולה משפטית לגבי המבנים, ובכלל זאת מכירה, השכרה, הענקת זכויות מכל מין וסוג שהוא, בין בתמורה ובין שלא בתמורה.

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

א. למשיבים 1-4: לנקוט לאלתר בכל הפעולות הדרושות כדי למנוע את איכלוסם של המבנים נשוא העתירה, ע"י כל אדם וכל שימוש בהם ע"י כל אדם וכן לנקוט לאלתר בכל הפעולות הדרושות כדי

למנוע כל פעולת בנייה בהם וכל שימוש במבנים, ובכלל זה פעולות של בניית המבנים עצמם, פעולות שנועדו לחבר את המבנים לתשתיות, וכן פעולות של סלילה ו/או פריצת דרכים אל המבנים ומהם ;
ב. למשיבה מס' 5: להמנע מביצוע כל עבודת בנייה, או כל פעולה המסייעת לבנייה בקשר למבנים, בעצמה או באמצעות אחרים, במישרין או בעקיפין, בכל הנוגע למבנים נשוא העתירה, ובכלל זאת מתן שירותים כלשהם למבנים, לרבות חיבורם לתשתיות מים וחשמל, וכן להימנע ממכירה, העברה, השכרה, איכלוס והעברת זכויות מכל סוג שהיא, בין בתמורה ובין שלא בתמורה ;

והכל עד לקבלת פסק-דין סופי בעתירה זו.

זוהי גם עתירה לצו ארעי לפיה יבקשו העותרים 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, וזאת מחשש כי צו הביניים יסוכל במהלך פרק הזמן עד שתוכרע הבקשה למתן צו ביניים.

הנימוקים לבקשה לצו ביניים ולצו ארעי מפורטים בסוף כתב העתירה (עמ' 20-21).

תצלום אוויר של המאחז דרך האבות והחלקות להם טוענים העותרים לזכויות קנייניות, ועליו סימון השטח בו מבוצעות עבודות הבנייה נשוא העתירה, מצ"ב וסימונו נספח 1.

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בסירובם המתמשך והעקבי של המשיבים 1-4 לבצע את חובתם ותפקידם ולאכוף את הדין על המאחז הבלתי מורשה והבלתי חוקי, "דרך האבות", שבמרחב גוש עציון (להלן: "המאחז"). עניינו של המאחז, על שלל הסתעפויותיו, מצוי במסדרונותיו של בית המשפט הנכבד מזה כ-13 שנים, כאשר לפעולתם ומחזליהם של המשיבים יש תרומה נכבדה למצב זה. ניכר, כי לא היה מאחז בתולדות הבנייה הבלתי חוקית הישראלית בגדה המערבית, שהמשיבים שיקפו את חוסר נכונותם העקרוני והעקבי לאכוף את החוק בו, יותר מאשר מאחז זה.
2. הבנייה במאחז נעשית כאשר לכלל הגורמים במרחב ברורה אי החוקיות הגלומה בו: כי מעמד השטח וטענות העותרים לזכויות קנייניות בו נתון לבירור ערכאות משפטיות; כי בשטח אין כל תכנית מתאר המאפשרת בנייה לצרכי מגורים, בוודאי לא באופן בו נבנים המבנים האמורים; כי לכלל המבנים אין התרי בנייה ועל פי המצב המשפטי כעת לא ניתן כלל להוציא התרי בנייה.
3. בעקבות עתירות קודמות בנושא הבנייה הבלתי חוקית במאחז, והחלטת המשיבים להימנע בכל מחיר ממימוש התחייבויות ברורות שנתנו – גם בפני בית המשפט הנכבד – לפנות את הבניה הלא חוקית, נפתח הליך סקר שנמשך כמעט עשור שנים ובסופו הכריז לפני כשנה נציג המשיב מספר 3 על שטחים החולשים על חלק נרחב של המאחז כ"אדמות ציבור". כנגד הכרזה זו הוגשו התנגדויות רבות, לרבות על ידי העותרים דכאן, והערר נגד ההכרזה ובנוגע לטענות זכות של העוררים ושאר האזרחים המוגנים במרחב מתנהל בפני וועדת העררים הפועלת במסגרת בתי המשפט הצבאיים, אשר הוקמה על פי צו בדבר וועדת העררים מס' 172 (ערר 50/14 מוסא ואח' נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש; להלן – "הערר").
4. הערר שהוגש על ידי העוררים ותושבים אחרים מהכפר אל ח'אדר טומן בחובו שלל טענות נגד הליכי ההכרזה שנעשו באדמות הכפר אל ח'אדר אשר בנפת בית לחם, וגורס כי דין ההכרזה כולה להתבטל, הן מטעמים של מהות (לרבות הטענות כי לא ניתן כלל לבצע הכרזה ביחס לשטח האמור וכן כי האדמות האמורות אינן ראויות לביצוע הכרזה), והן מטעמים דיוניים-מקדמיים (לרבות הטענה כי ההכרזה עצמה הינה מטעמים זרים, בלתי חוקיים אשר מצדיקים את ביטולה של ההכרזה).
5. ברם, חרף בירור המעמד של המקרקעין נשוא ההכרזה בפני הערכאה המשפטית המוסמכת לכך, בחרו המשיבה מס' 5 וגורמים מטעמה, להמשיך ולפעול בשטח, להרחיב את היקפי הבנייה הבלתי חוקית במאחז, וזאת תוך "ייצירת מקדמה" בדמות עובדות על גבי אדמות שהעוררים טוענים לזכויות בהן, אשר ינסו לרתום את השטח לטובת משיבות אלה, בעתיד הרחוק או הרחוק יותר.
6. המצב התכנוני הקיים בשטח ידוע היטב לכלל הגורמים, וזאת לאור העובדה כי מעבר לשלל העתירות בנושא הבנייה הבלתי חוקית במאחז, גם כיום תלויה ועומדת עתירה נוספת בבית המשפט הנכבד, העוסקת בבנייה הבלתי חוקית במאחז (אם כי באדמות אשר מחוץ להכרזה, וזאת בשונה מהאדמות עליהן ממוקמים המבנים הנוכחיים), היא העתירה בבג"ץ 7292/14 עלי מוחמד עיסא מוסא ואח' נגד שר הביטחון ואח'. דיון בעתירה זו התקיים ביום 22.6.2015 (בפני כב' הנשיאה, השופטת מ' נאור, והשופטים נ' הנדל וע' פוגלמן), ולאחריו הוצא צו על תנאי.
7. הרצון להישען על בניה מוקדמת, בלתי חוקית ופוגענית בזכויות הפרט, ככזו המצדיקה המשך נישולם של תושבי אל-ח'אדר מאדמותיהם אינה זרה: המשיבה מס' 5 הרהיבה עוז לאחרונה, במסגרת תשובתה לעתירה בבג"ץ 7292/14 שהוזכר לעיל, וטענה כי בשל הבניה הבלתי חוקית שכבר בוצעה בשטח, יש לאפשר לבונים להשאר בו, ו-"לפצות" את בעלי האדמות במקרקעין חלופיים.

8. עתירה זו, אם-כן, מהווה המשך ישיר להליכים קודמים ורבים שהתנהלו בנוגע למאחז החל משנת 2002 ובמרכזן העתירה בבג"ץ 8255/08 מוסא נ' שר הביטחון ואח' [פסק דין ניתן ביום 1.9.2010] במסגרתה עתרו מספר בעלי קרקעות פלסטינים, בבקשה כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים לפעול לפינויו של המאחז ולהבטחת גישת העותרים לאדמות עליהן הוקם, המצויות בבעלותם הפרטית. העתירה בבג"ץ 8255/08 אומנם נדחתה בסופו של יום אך זאת בעקבות התחייבות המשיבים לסיים הליך סקר קרקעות באזור לקביעת מעמד הקרקע באופן סופי ולאור הצהרתם המפורשת כי מבנים אשר יתגלו כי נבנו על קרקע פרטית יפוננו וכי מעמד שאר המאחז יוכרע על ידי הממשלה לאחר תום הליך הסקר לכשייחפך לחלוט. העתירה נמחקה אם כן, בכפוף לזכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט הנכבד ככל שתמצא עילה לכך בעתיד.
9. למרות התחייבויות המדינה, הליך הסקר שהחל עוד בתחילת שנות האלפיים הסתיים רק לאחרונה, בחודש אפריל 2014, בחלוף ארבע שנים תמימות מיום מתן פסק הדין בבג"ץ 8255/08. ביום 6.4.14, במסגרת הכרזה רחבת היקף באזור המאחז החולשת על 984.35 דונם של אדמות הכפרים הפלסטינים שמסביב (בית אומר, נחלין ואל ח'אדר) הכריז הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש (להלן: **הממונה**) על חלקים מתוך שטח המאחז, כאדמות ציבור, או כפי שמכנים זאת המשיבים, "אדמות מדינה". ביום 31.7.14 הגישו העותרים ביחד עם אחרים ערר לוועדת העררים הצבאית היושבת במחנה עופר (על פי הצו בדבר וועדות עררים (יהודה והשומרון) (מס' 172) (התשכ"ח – 1968)) בו תקפו את חוקיות הכרזה זו בכללותה (ערר 50/14 הנזכר לעיל).
10. עד שיוכרעו הסוגיות הרבות אשר עתידות להתלבן במסגרת הערר, ברי כי אין לראות בהכרזה על אדמות מדינה כחלוטה, ומעמד המקרקעין, כולם או חלקם עשוי להשתנות, כפי שמתרחש במקרים רבים בהם מוגש ערר על הכרזה. הדברים הינם בבחינת קל וחומר לנוכח הטענות כבדות המשקל המופיעות בכתב הערר, אשר למען הנוחות יצורף (בנוסחו המתוקן, וללא נספחים) לכתב העתירה ויסומן **כנספח 2**.
11. ביום 5.8.2015 הוגש כתב התשובה הצנום מטעמו של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (נציגו של המשיב מס' 3), אשר דוחה בלאקוניות את טענות העוררים. העתק מכתב התשובה מטעם המשיב בערר 50/14 מצ"ב ומסומן **כנספח 3**. מכל מקום, עד להכרעה חלוטה בערר, אין לראות בהכרזה זו כסוף פסוק והיא עתידה להפסל או לכל הפחות להשתנות בצורה זו או אחרת.
12. אולם חרף חובותיהם של המשיבים 1-4 לשמור לכל הפחות על הסטאטוס קוו עד למתן הכרעה בערר, כמו גם החובה שלהם שלא לאפשר כאוס של בנייה נטולת כל הבטים מינימלים של תכנון, וזאת במנותק משאלת סטאטוס הקרקע, הרי שחרף פניות רבות שבוצעו אל היועץ המשפטי לאזור, דבר לא נעשה והבנייה ממשיכה במלוא העוז ומלוא המרץ.
13. משהמשיבים גמרו אומר להשלים עם אי אכיפת החוק ועם המשך התפרשותו רחבת ההיקף ואדירת הממדים של המאחז ומבניו, ומשהחליטו אלה כי יש ליתן לגורמים העבריינים לעצב את דמותן של אדמות אל-ח'אדר וזאת עוד בטרם נפלה הכרעה במסגרת הערר שהוגש במסגרת ההכרזה (שלא לומר, ליתן לבנייה זו לנסות ולהשפיע על תוצאות הערר, או לכל הפחות ליצור מקדמה אשר תפעל "לטובת" הגורמים העבריינים), לא נותרה בפני העותרים כל ברירה אלא לפנות לבית המשפט נכבד זה.

I. הצדדים לעתירה

14. העותרות 1 ו-2, הגב' מרים אסמעיל עלי מוסא והגב' סוהייר אסמעיל עלי פראגי הינן אחיות המחזיקות בזכויות הקנייניות בחלקה 75 בגוש 11 באדמות הכפר אל ח'אדר, כפי שהדבר קובע בלוח התביעות שנערך במסגרת הליכי ההסדר הירדני, אשר הוקפאו עם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית, בצו שהוצא על ידי המשיב מס' 2.
15. עובר להכנת לוח התביעות במסגרת הליך ההסדר, סומנה חלקת העותרות כחלקה מס' 366 בגוש 8 באדמות הכפר אל-ח'אדר. העתק מנוסח מס הרכוש וכן צו הירושה המבאר את זכויות העותרות בחלקה, מצ"ב ומסומן **כנספח 4 וכנספח 5 בהתאמה**.
16. העותרות 1-2 היו בעבר שותפות למספר הליכים אשר נגעו לאדמות עליהן ממוקמים מבני המאחז "דרך האבות", לרבות בבית משפט זה (בג"ץ 1316/03 **הודא סלים מוסא ואח' נגד המנהל האזרחי ביו"ש ואח'**), אולם הליכים אלה לא נגעו לחלקה האמורה לעיל.
17. העותרות 1-2 אף היו חלק מהעותרות בעתירה בבג"ץ 8255/08 שהוזכר לעיל, אשר דרשה את פינויו של המאחז הבנוי על אדמותיהם הפרטיות. פסק הדין בעתירה ניתן לפני כ- 4 שנים, בחודש ספטמבר 2010, ובמסגרתו נמתחה ביקורת על התנהלותו של המשיבים 1-4 בכל הנוגע לאכיפת החוק וכן לגרירת הרגליים בבירור הסוגיות הרלוונטיות בענייני מקרקעין בשטח.
18. בחלקה שהעותרות טוענות לזכויות קנייניות בהן כפי שהן נבחנות במסגרת הערר, נבנים בימים אלה לכל הפחות שני מבני קבע גדלי ממדים, אשר מיועדים כך על פי תוואי בנייתם, למגורים עבור תושבי המאחז. כמו כן, מתבצעת הכשרת שטח נרחבת בחלקים אחרים של החלקה.
19. העותרים 3 ו-4, מר מוניר חסן חוסיין מוסא ומר עבד חוסיין חסן מוסא, הינם אחים המחזיקים בזכויות הקנייניות בחלקה מס' 76 בגוש 11 באדמות הכפר אל-ח'אדר, כפי שהדבר קובע בלוח התביעות שנערך במסגרת הליכי ההסדר הירדני, אשר הוקפאו עם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית, בצו שהוצא על ידי המשיב מס' 2.
20. עובר להכנת לוח התביעות במסגרת הליך ההסדר, סומנה חלקת העותרים כחלקה מס' 648 בגוש 2 באדמות הכפר אל-ח'אדר. העתק מנוסח מס הרכוש הרלוונטי על שם הועתרים ואחיהם, מצ"ב ומסומן **כנספח 6**.
21. למען שלמות התמונה יצוין, כי העורר מס' 3 פנה בעבר לבית המשפט העליון בדרישה לפינוי מבנה בלתי חוקי שנבנה על אדמתו בחלקה 76 האמורה (העתירות 2817/08 **מוסא נ' שר הביטחון ואח'** [29.4.08] ו- 8258/08 **מוסא נ' שר הביטחון ואח'** [18.5.09]). עתירות אלה נמחקו לאור התחייבות המדינה, אשר עוגנו בפסק דין, לרבות התחייבות המנהל האזרחי שהמשיב הינו אורגן מטעמו, לממש את צווי ההריסה ביחס למבנה זה. בשל התחייבות סותרת אשר ניתנה על ידי המשיבים לעתירה שהוגשה כנגד ההריסה (בג"ץ 6224/09 **גופר נ' שר הביטחון ואח'** [13.5.2010]) המבנה עודנו עומד על תילו, והבנייה החדשה מתבצעת בסמוך אליו.
22. הבנייה החדשה המתקיימת על אדמות העותר כוללת חמישה מבני קבע לכל הפחות, אשר מיועדים כך על פי תוואי בנייתם, למגורים אזרחיים עבור תושבי המאחז. המבנים צמודים למבנה נשוא העתירות שהוזכרו בפסקה 18 לעיל. כמו כן, ברחבי החלקה מתבצעות עבודות שונות להכשרת שטחים נוספים לבנייה.
23. העותר מס' 5, מר עלי מוחמד עיסא מוסא, תושב הכפר אל ח'אדר, הינו אחד מבעלי הזכויות הקנייניות בחלקה הידועה כחלקה מס' 647 בגוש 2 באדמות הכפר אל ח'אדר (או חלקה מס' 77 בגוש 11 בלוח התביעות שנערך באזור במסגרת הליכי הסדר מקרקעין שלא הושלמו). חלקה זו היתה בבעלות אביו המנוח של העותר, כפי שעולה מנסח מס הרכוש וצו הירושה שבידיו.

העתק מצו הירושה ונוסח המאליה (נסח מס רכוש) הנוגעים לעותר מס' 5, על תרגומיהם לעברית, מצ"ב ומסומן כנספחים 7 ו-8 בהתאמה.

24. העותר מס' 5, היה העותר בעתירה בבג"ץ 8255/08 שהוזכרה לעיל והוא גם העותר בעתירה בבג"ץ 7292/14 אשר הוזכרה גם היא לעיל.

25. הבנייה החדשה המתבצעת על אדמות העותר כוללת לכל הפחות שני מבני קבע וכן הכשרת שטח לבנייה נוספת.

26. תמונות עדכניות של הבנייה האמורה בחלקות העותרים, וכן תיאור של קצב הבנייה האמור, מצ"ב לעתירה זו ומסומנת כנספח 9.

תצלום אוויר הממקם את הבינוי וסימונו על גבי החלקות האמורות, מצ"ב לעתירה ומסומן כנספח מס' 1.

27. המשיב מס' 1 הינו שר הביטחון של מדינת ישראל. משיב מס' 1 מופקד על המינהל האזרחי בגדה המערבית ועל יישום מסקנות הדו"ח שחובר על ידי עו"ד טליה ששון ("חוות-דעת בנושא מאחזים בלתי מורשים", נמצא באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה: <http://www.pmo.gov.il/>; להלן יכונה: "דו"ח ששון"). בידו הסמכות לעכב ביצוע צווי הריסה שהוצאו כחוק כנגד מבנים בלתי חוקיים.

28. המשיב מס' 2 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 ההומניטרי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. בפרט, אמון המשיב 2 על שמירה על הסדר הציבורי והגנה על רכוש התושבים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, כפי שיוסבר בהמשך העתירה.

29. המשיב מס' 3 הינו ראש המינהל האזרחי אצל המשיב מס' 2 אשר לו סמכויות ניהול של החיים האזרחיים בשטחים הכבושים. בין היתר אמון המשיב מס' 3 על אכיפת חוקי התכנון והבנייה החלים באזור ועל הפיקוח ביחס לבנייה בלתי חוקית.

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

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

31. המשיבה מס' 5 היא המועצה האזורית גוש עציון, בתחומה ממוקם המאחז הבלתי חוקי על מבני השונים. צירוף המשיבה מס' 5 נעשה מטעמי זהירות בלבד וכמי שמייצגת את תושבי האזור הישראליים. אין בידי העותרים מידע וודאי לגבי הגופים העומדים מאחורי הבנייה נשוא עתירה זו. כמו כן, העותרים יצינו כי אין בידם כל מידע אודות זהותם של רוכשים של המבנים האמורים, ככל שישנם כאלה, אשר לפי התיעוד המצוי אצל העותרים, מצויים בהליכי בנייה ואינם מאוכלסים.

32. כמו כן, העותרים לא צרפו את מזכירות האגודה השיתופית "אלעזר", התנחלות הממוקמת במועצה האזורית גוש עציון, המתהדרת בכך שדרך האבות הינה "שכונה" ביישוב (כך, על פי אתר האינטרנט של היישוב, <http://www.elazar.org.il>, המכנה את המאחז "שכונת נתיב האבות"). זאת, למרות שהמאחז נמצא מחוץ לגבולות השיפוט של ההתנחלות. הסיבה לאי הצרוף נובעת מעמדת מזכיר האגודה השיתופית כפי שבאה לידי ביטוי בעתירה בבג"ץ 2817/08 שהוזכר לעיל, בה נטען על ידי מזכיר היישוב כי אינו יכול להיות נציגם של תושבי המאחז, אשר נמצא מחוץ לגבולות השיפוט של ההתנחלות. העותרים יבקשו להבהיר כבר כעת כי היה והוועד המקומי של אלעזר או כל נושא תפקיד בוועד אשר הינו רלוונטי לעתירה יחפוץ להצטרף המשיב לעתירה, העותרים לא יתנגדו לצירופו.

II. השתלשלות העניינים בנוגע לבנייה הבלתי חוקית נשוא עתירה זו

33. אדמות הכפר אל ח'אדר הרלבנטיות לעתירה זו, הן אדמות מסוג "מירי" אל-פי סיווג המשפטי של קרקעות בחוק הקרקעות העות'מני משנת 1858 החל עליהם. הליך הסדר בעניינו של הכפר אל-ח'אדר הוחל עוד בתקופת השלטון הירדני בשטח, והוא הגיע לשלב המתקדם של לוח תביעות, אולם לאחר תפיסת האזור על ידי כוחות צה"ל הותלו הליכי ההסדר בהתאם לצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) מס' 291, התשכ"ט – 1969. הליך ההסדר אם כן לא הגיע לכלל השלמה וזאת בשל החלטות המשיבים 1-2, כפי שהם באו לידי ביטוי בתחיקה החלה בשטח.

34. עד לפרוץ האינתיפאדה השניה בשלהי שנת 2000, נהגו העותרים, בני משפחותיהם ביחד עם תושבים נוספים מהכפר אל-ח'אדר, לעבד את אדמותיהם הפרטיות ללא כל הפרעה. כפי שתואר בעתירות בבג"ץ 8255/08 ובבג"ץ 7292/14 שהוזכרו לעיל, העותרים, בני משפחתם ותושבים אחרים מהכפר אל-ח'אדר ומכפרי הסביבה, עסקו בגידול גפנים, מטעים וגידולים עונתיים שונים עד שבשנת 1999 הוחלט על שיפוץ והשבחת הקרקע בשיתוף סוכנות הסיוע והפיתוח של האו"ם (UNDP), על מנת שהתוצרת החקלאית והעבודות החקלאיות בשטח תניב תוצרת רבה יותר ובאיכות טובה יותר. במהלך עבודות השיקום, סבלו העותרים ובעלי אדמות נוספים מהכפר, מהתנכלויות שונות וחוזרות מצד תושבים ישראלים המתגוררים באזור אשר ביקשו למנוע את עיבוד הקרקע. לצד זאת, כוחות צה"ל מנעו מהעותרים גישה לחלק מהשטח באמתלה כי אותן החלקות לא היו מעובדות עובר לתחילת הפרויקט וזאת בניגוד גמור למטרתו העיקרית כפי שאושרה על ידי המנהל.

35. עם פרוץ גל האלימות בשלהי שנת 2000 הידוע בשם אינתיפאדת אל אקצא, והטלת הסגרים והעוצרים על תושבי האזור, גישת העותרים לאדמותיהם הפכה לאט לכמעט בלתי אפשרית והעותרים כשאר בעלי האדמות באזור, נותרו חסרי אונים וללא כל האפשרות מינימאלית להגן על קניינם באופן אפקטיבי. לא חלף זמן רב עד שבאמצע שנת 2001 – תחילת שנת 2002, הועברו מגורונים ונבנו מבני קבע בשטח שהיה למאחז שהתבסס והתרחב בהדרגה.

36. הקמת המאחז היתה מתוככמת ומהירה: השלב הראשון היה הצבת מגורונים יבילים. לאחר מכן נבנו סביב רבים מהם קירות קבועים, בשלב השלישי נבנה גג וכך הפכו המבנים היבילים למבני קבע. עם הזמן הוצבו תשתיות מים, חשמל וביוב בשטח המאחז, וכן נפרצו דרכים. כמובן שכל הפיתוח הזה נעשה בזמן שלמבנים שהוקמו ולתשתיות שהותקנו לא היה כל היתר מטעם הרשויות, הם הוצבו בניגוד מוחלט לתכנית המתאר שייעדה את השטח לחקלאות, והחשוב מכל – הדבר נעשה על אדמותיהם הפרטיות של תושבי הכפר הפלסטיני אל חאדר, ובכלל זאת אדמות העותרים.

37. במהלך השנים פנו תושבי הכפר ונציגיהם אל רשויות המנהל האזרחי בבקשה כי יפעלו לפינוי המבנים שהוקמו על אדמותיהם ויאפשרו את גישתם לקרקע. למרות האמור המשיבים 1-4 לא נקפו אצבע כדי למנוע את הקמת המאחז בזמן אמת, למעט הוצאת צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה שלא נאכפו.

38. בשנת 2005 פורסם הדו"ח שכתבה עו"ד טליה ששון לבקשת ראש ממשלת ישראל, בעניין המאחזים הבלתי מורשים. בדו"ח נקבע במפורש כי המאחז "נתיב האבות" (או בשמו הנוסף – "דרך האבות") אינו חוקי בהיותו ממוקם על אדמות פלסטיניות פרטיות ועל אדמות סקר. עוד צוין כי גורמים מסוימים ברשויות השלטון סייעו בבניין המאחז, תוך העברת כספים ממשרד הבינוי והשיכון, אשר שילם עבור הקמת התשתיות ו/או בניית מבני ציבור ו/או בתכנון המאחזים סכום של 300,000 ₪.

39. גם מסד הנתונים שחובר במשרד הביטחון על ידי תא"ל ברוך שפיגל, מציג תמונה דומה ביחס לעבירות הבנייה הרחבות והרבות הקיימות במאחז. אלה הם הדברים שנקבעו ביחס למאחז זה, עת חובר מסד הנתונים כפי הנראה בשנת 2006:

נתיב האבות (ג'בל חבון) – הוקם בפברואר 2001, ע"ג אדמות סקר (שרהב"ט אישר לקדם הליך סקר במקום – בתחום רשימת האיתורים המועדפים לקידום הליך סקר) + קרקע פרטית, בתחום תכנית מס' 404/2 למגורים שתידון רק לאחר סיום הליך סקר במקום. במקום מתגוררות 29 משפחות, תכולה: 28 יבילים (2 הורחבו עם תוספת 50 מ"ר ו-3 רעפים כ"א, 3 מצופים אבן ורעפים בסגנון בנייה אמריקאי, 3 הורחבו עם תוספת מבטון ובלוקים 45 מ"ר, 2 הורחבו עם תוספת שלד מבטון – 2 קומות), 7 מבנים מבטון (אחד בשלבי השלמה), בית עץ (משטח בטון עם קירות עץ ו-3 רעפים), מבנה פח + קונסט' ברזל ועץ, 10 מכולות, מגדל תצפית, עמודי טלפון ותאורה, 2 מכולות זבל, מגדל מים, גנרמטור, גן שעשועים, תחנת אוטובוס, בור ספיגה, קו חשמל מאלעזר, פריצת דרך כ- 400 מ', הכשרת שטח לבנייה + 2 הכשרות קרקע ויסודות בטון למבנים, הכשרת שטח לגן שעשועים + עבודות פיתוח, הכשרת שטח חצי דונם, הרחבת שטח ע"י שפיכת עודפי חומרי מילוי לכרם פרטי.

40. מובן, כי נתונים אלה היו נכונים לעת עריכתם של הדוחות המוזכרים לעיל, ואילו כיום תמונת המצב חריפה הרבה יותר, עת מספר רב של מבנים ובינוי בלתי חוקי מפארים את המאחז, לצד פלישות חקלאיות רבות, אשר אינן זוכות לטיפול כלשהו מטעם הרשויות.

41. התעלמותם המוחלטת של המשיבים מהפרות החוק ואף סיועם העקיף לכך אפשרו הלכה למעשה את התפתחותו וצמיחתו של המאחז, גם בשנים שלאחר פרסום דו"ח ששון ואף לאחר שהתלונות של העותרים ושכניהם נערמו. משכך, כפי שתואר לעיל, אולצו העותרים לפנות במספר הזדמנויות לבית המשפט הנכבד בבקשה כי יחייבם לבצע את המוטל עליהם על פי חוק, לממש את הצווים הרבים שהוצאו נגד מבני המאחז ולספק הגנה לקניינם של העותרים. למרות שלל ההליכים שהתקיימו בנושא, ועל אף הבטחותיהם החוזרות של המשיבים, מבני המאחז במקומם עומדים עד היום על אדמותיהם הפרטיות של העותרים, אליהן הם אינם יכולים להגיע.

42. במסגרת תגובתם המקדמית של המשיבים מיום 24.11.08 לעתירה בבג"ץ 8255/08 הצהירו כבר בפתח הדברים (פסקה 3) כי הם "אינם חולקים על כך כי המאחז הוא בלתי מורשה ונגד המבנים המצויים בו מתנהלים הליכי פיקוח ואכיפה, ובכלל זה הוצאו צווים סופיים להפסקת עבודה ולהריסה". המשיבים טענו כי בשטחי המאחז יש אדמות שהן אדמות סקר" וביקשו שבית המשפט יאפשר להשלים את הסקר ולא יורה על פינוי עד שיוברר המעמד המשפטי של האדמות. עם זאת, בפסקה 8 לתגובתם, הודו המשיבים כי המאחז כולו אינו חוקי:

"בשורה התחתונה, בין אם מדובר באדמות פרטיות-מעובדות, כטענת העותרים, בכל המאחז או בחלקו, ובין אם מדובר ב"אדמות סקר" (שמעמדן טרם הובהר), הרי שהקמת המאחז במקום, היתה בגדר פלישה, בין אם לאדמות פרטיות ובין אם לאדמות מדינה".

העתק מתשובת המדינה מצ"ב ומסומנת כנספח 11.

43. ביום 1.9.2010 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעתירה הקודמת היא בבג"ץ 8255/08, ובמסגרתו מתח בית המשפט הנכבד (מפי כב' השופט אדמונד לוי ז"ל, ובהסכמת כב' השופטת ע' ארבל וכב' השופט נ' הנדל) ביקורת נוקבת על התנהלות המשיבים 1-4 בשל הסחבת המתמשכת בבירור מעמד הקרקע וסיום הליכי

הסקר, וכן בשל העובדה כי המשיבים לא עמדו בהתחייבויותיהם הקודמות כלפי בית המשפט – הן לקידום בירור מעמד הקרקע והן לאכיפת החוק בשטח המאחז ומבניו. כבוד השופט המנוח א' א' לוי, התייחס לסוגיה זו בקבעו את הדברים הבאים [הדגשים אינם במקור, ש.ז.]:

”תחילה מציגה עצמה לבירור השאלה בדבר זכויות הבעלות במקרקעין נושא העתירה, באשר אם אין אלו קרקעות בבעלות פלסטינית פרטית, ממילא נשמטת טענתם המרכזית של העותרים, ולהפך. על כך שבכוונתה לספק מענה לשאלה זו הצהירה המדינה כבר לפני שנים אחדות, ולמצער מן העת בה נדונו העתירות הקודמות באותו נושא. כל שאוכל לומר על הצהרות אלו הוא כי מצוי יסוד לחשש, שאין הן מכבדות את ההליך השיפוטי שבגדרו ניתנו, ובגדרו שבו ונדחו השגות על פעולתם של משיבים 1-4 אך מן הטעם כי אלה התחייבו להשלים את הבדיקה בהקדם. והנה כך, חוזרת המדינה ומתייצבת בפני בית-משפט זה, ובעת הזו חולקת היא על דברים שהשמיעו באי-כוחה בעבר, ואף שהיא שבה ומגלה את דעתה כי סקר הקרקעות נחוץ – ולא זו בלבד, אף ”הוחלט לקדמו” – הרי שאין איש יודע אימתי יתבצע, ולאמתו של דבר – עוד חזון למועד. העותרים לא מנו ענין זה בגדרי הסעדים המבוקשים בעתירתם, אך מן המדינה מצופה לעמוד בהצהרות שהיא חוזרת ומשמיעה באוזנינו, אף אם לא לוו הדברים בצו מוחלט.”

44. כאמור, העתירה בבג"ץ 8255/08 נמחקה בעקבות הצהרת המשיבים כי יערכו סקר קרקעות באזור המאחז אשר יקבע באופן סופי את מעמדה של הקרקע ו/או כי יפעלו למימוש צווי ההריסה הרלוונטיים ביחס למבנים אשר ייפלו מחוץ לגבולות ההכרזה, תוך זמן סביר ובהתאם להתחייבויות המשיבים מול בית המשפט הנכבד.

45. הליך הסקר אשר עליו דובר עוד בשנת 2004, הסתיים בשנת 2014, עת פורסמה בחודש אפריל ההכרזה על אדמות ציבור בגזרת המאחז.

46. במאמר מוסגר ייטען, כי המובן מאליו התקיים: המשיבים 1-4 נמנעו מלקיים את התחייבותם המפורשת בפני בית המשפט, ואף לאחר פרסום ההכרזה לא נקפו אצבע על מנת לאכוף את הדין ביחס לבנייה לגביה אין מחלוקת כי היא מתקיימת על אדמות פרטיות. כנגד מחדלם זה של המשיבים הוגשה כזכור העתירה בבג"ץ 7292/14 שהוזכרה לעיל.

47. בתשובתה האחרונה של המשיבה מס' 5 לעתירה בבג"ץ 7292/14, ניסתה המשיבה להבנות מהבנייה הבלתי חוקית כמקדמה להכשרת המאחז, בין אם המדובר בבנייה על אדמות שיאושרו בסופו של דבר כאדמות ציבור, ובין אם הבניה אשר בוצעה על אדמות פרטיות, וזאת על דרך של הפקעת זכות הקניין של הבעלים ומתן קרקעות חלופיות לבעלים. לא היה בטענה זו, כדי להפיס את דעתו של בית המשפט אשר הוציא צו על תנאי לאחר תום הדיון שנערך ביום 22.6.2015.

העתק מתשובת המשיבה מס' 5 לעתירה בבג"ץ 7292/14 מצ"ב ומסומנת כנספח 12.

48. לאורך כל השנים הללו בהם המתינו העותרים בסבלנות כי המשיבים 1-4 ייאותרו לממש את הבטחותיהם יכריעו בדבר מעמד הקרקע ויאכפו את החוק על מפריו, המשיכו תושבי המאחז לבנות, לסלול ולהתרחב ובכך לחזק את אחיזתם בקרקע. לאורך כל אותה התקופה, נמנעו המשיבים מלאכוף את החוק על יושבי המאחז במקרה הטוב, ובמקרה הפחות טוב עצמו ענייהם מהנעשה בשטח ובכך סייעו בפועל להתרחבותו.

49. כאמור, ההכרזה עצמה פורסמה בחודש אפריל 2014, ואילו ביום 31.7.2014 הוגש ערר מס' 50/14 כנגד ההכרזה על אדמות ציבור, הכולל ערר על חלק מאדמות העותרים דכאן כמו גם עוררים אחרים. בנוסף לערר זה, הוגשו עוד מספר עררים על ידי גורמים נוספים לוועדת העררים.

50. הערר נגד הכרזה זו, כולל מספר טענות, נימוקים, נפרדים ושלובים, לכך שעל הטריבוניל המוסמך לקבל את ההתנגדות ולהכריז על בטלותה של ההכרזה, כאשר כל אחת מהן בנפרד יש בכוחה להביא לביטולה, וקל וחומר בשקלול משקלן המצטבר של כל הטענות במקובץ. ואלו הם הטענות:

- א. השטח נשוא ההכרזה היה מעובד בעבר, גם אם בחלקו וגם אם באופן אקסטנסיווי על ידי העוררים ותושבי הכפר אל-ח'אדר ;
- ב. (קשור בקשר ישיר ל-א' לעיל) בעבר וטרם כניסתם של כוחות צה"ל לשטחי הגדה המערבית בשנת 1967, הוחל בהליכי הסדר עבור החלקות הללו ; התליית הליכי ההסדר אינה יכולה לגרום לטענת הוברה על ידי המשיב, ואינה יכולה להוות צידוק להכרזה על השטח כאדמות מדינה ;
- ג. כי בביצוע ההכרזה תולש המשיב וקורע את החלקות של לוח התביעות לפיסות שונות, ומבצע – דה פקטו – פרצלציה של החלקות, בניגוד לדין החל באזור ;

ד. ההכרזה עצמה נובעת משיקול זר, אשר נועד להכשיר מאחז בלתי חוקי ואת דרך הגישה אליו.

51. ביום 5.8.2015 הוגש כתב התשובה הצנום מטעמו של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (נציגו של המשיב מס' 3), אשר דוחה בלאקוניות את טענות העוררים.
52. מכל מקום, ברור שההכרזה עצמה אינה חלוטה עד למתן ההכרעה בערר שהוגש, הליך אשר צפוי לקחת עוד זמן לא מבוטל. ועד שההכרזה אינה חלוטה לאחר סיומם של ההליכים המשפטיים הנוגעים לה, ברור כי אין לראות באדמות להם טוענים העוררים לזכויות בהם כאדמות מדינה באופן סופי, שכן לא אחת מתקבלות טענות בעררים מסוג דא אשר משנות את גבולות ההכרזה. קל וחומר כאשר הערר אשר הוגש לוועדה נשוא עמו טענות עקרוניות של ממש הנוגעות לעצם היכולת לבצע הכרזה, בשטח לגביו הוחל בהליך הסדר.
53. תחת זאת, הבנייה מתבצעת במרץ ובאופן נרחב ורחב היקף – זאת, כך נדמה, על מנת להציב עובדות בשטח מטעם המשיבה מס' 5 וגורמים מטעמה מול המשיבים 1-4 וליצור מקדמה א/ר יהא בה כדי לבסס טענה מופרכת ומקוממת, כי תחת הבנייה הקיימת בשטח יש לנשל את בעלי הקרקע מזכויותיהם ולהעניק להם פיצוי או חלף פיצוי. זאת אין לקבל.

III. מיצוי הליכים בעתירה דנן

54. זמן קצר לאחר גילוי התחלת הבנייה של המבנים החדשים נשוא עתירה זו, פנו העותרים אל יועמ"ש איו"ש, המשמש כיועץ המשפטי לאזור, והאחראי משפטית לכלל הנעשה בשטח. במכתב מיום 22.3.2015, פרטו העותרים את טענותיהם, לרבות צירופם של צילומים המתעדים את הבנייה האמורה, וכן צירופו של תצלום אוויר עליו ממוקמת הבנייה הבלתי חוקית האמורה.
55. בנוסף, דרשו העותרים מיועמ"ש איו"ש לסוגיות הבאות, ו/או להורות לגורמים הרלוונטיים בקרב המשיבים לעשות כל שנדרש על מנת לעצור את הליכי הבנייה הלא חוקיים של המבנים במאחז, לרבות:
- (א) הוצאת צווי הפסקת עבודות ומימושם ;
- (ב) הוצאת צווי הריסה סופיים למבנים ומימושם ;
- (ג) מתן הוראה לרשויות להורות על פתיחה בחקירה פלילית כנגד בוני המבנים וכנגד הגורמים העומדים מאחורי הבנייה והמעורבים בבנייה הבלתי חוקית לכאורה.
56. יוער, כי הפנייה אל יועמ"ש איו"ש בוצעה, כפי שנכתב, בשל העובדה כי הבניה מתבצעת בשטח אשר לגביו בוצעה הכרזה על אדמות מדינה, וכן כי הליך משפטי מתקיים מטעם העותרים ביחס לאדמות אלה. העתק מפנייתם הראשונה של העותרים מיום 22.3.2015 אשר נשלחה בפקס' וכן בדואר רשום, מצ"ב ומסומן כנספח 13.
57. פנייה זו לא נענתה.

58. העותרים פנו שוב, בפעם השנייה ביום ה- 4.5.2015, ובו תיאור של המשך הבנייה במאחז על אדמות העותרים, ומבלי שנקפת אצבע אכיפה בעניין. העתק מפנייתם השנייה של העותרים מיום 4.5.2015, אשר נשלחה באמצעות הפקסי ודואר רשום, מצ"ב ומסומנת **כנספח 14**.
59. גם פנייה זו לא זכתה למענה מאת היועץ המשפטי לאיו"ש.
60. משכך, פנו העותרים בפעם השלישית, ביום 20.5.2015 אל יועמ"ש איו"ש, וביקשו את התערבותו ומתן המענה לסוגיות האמורות. העתק מפנייתם השלישית אל היועמ"ש מיום 20.5.2015 מצ"ב ומסומנת **כנספח 15**.
61. גם פנייה זו, השלישית במספר, לא נענתה.
62. הגם שנדמה היה כי במהלך חלק מהזמן שחלף מאז הפנייה הראשונה, הואט קצב הבנייה, לאחרונה הוא שב וגבר, כפי שמראות התמונות המצ"ב, ולאור העובדה כי שלוש פניות קודמות שבוצעו לגורם המשפטי הבכיר באזור האמון על כך שגורמי אכיפת החוק באזור ימלאו את המוטל עליהם לא זכו למענה – ולו אף מענה ראשוני – לא נותרה בידי העותרים כל אפשרות למעט הפנייה לבית המשפט הנכבד בעתירה זו.

ג . ה ט י ע ו ן ה מ ש פ ט י

63. עמדת העותרים היא כי הגם שהאדמות נשוא העתירה עברו הליך של הכרזה כאדמות ציבור, הליך זה טרם הושלם ולעותרים – כמו גם לתושבים פלסטינים אחרים – טענות מתחומים שונים הנוגעים להכרזה. מכל מקום, כל עוד ההכרזה אינה חלוטה, ומעמדם של המקרקעין אינו סופי, אין כל הצדקה להמשך ההפקרות האמורה, וקיימת על המשיבים החובה לאכוף את החוק כבר כעת, ולא להמתין לתוצאות ההכרזה. זאת בייחוד לאור ה-'פרקטיקה' בה נוקטת המשיבה מס' 5 אשר גורסת כי אין להפעיל סמכויות אכיפה ביחס לבנייה בלתי חוקית בשטח ככל שהיא פוגעת בזכויות של אחרים, אלא יש להעניק דווקא לגורמים העבריינים זכויות במקרקעין ולבחון הסדרי פיצוי לבעלי האדמות. הבנייה הנוכחית, כך נדמה, נועדה להעמיד את הרשויות בפני עובדה ולכפות עליהם הסדרים משונים ומגוונים מהסוג אותו מנסה המשיבה מס' 5 לקדם.
64. עוד יטענו העותרים, כי גם אילו היה מקום לראות את האדמות של העותרים כאדמות ציבור לאור ההכרזה, עדיין מוטלת על המשיבים החובה לאכוף את החוק ולשמור על רכוש המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (פרטי או ציבורי) למען רווחתה של האוכלוסיה המוגנת ולא להותירו להפקר, לצורך הגשמת מאוויים נדלנ"יים או פוליטיים אלה ואחרים המקודמים על ידי המשיבה 5, בסיוע שבשתיקה על ידי המשיבים 4-1.
65. כך או כך, על המשיבים מוטלת חובה אקטיבית לאכיפת החוק, אולם המשיבים מתנערים ממנה. התנהלות זו לבדה מצדיקה את מתן הסעד המבוקש על ידי העותרים, הכל כפי שיפורט להלן.

I – על העדר אכיפת החוק בגדה המערבית בכלל ובמאחז "דרך האבות" בפרט

66. עניינה של עתירה זו כמו גם עתירות אחרות הנוגעות לבנייה בלתי חוקית של ישראלים מוכיחה שוב כי ללא צו שיפוטי מפי בית המשפט הנכבד לא ינקפו אצבע להגנה על קניינם של אזרחים מוגנים בשטח הכבוש ולקיים את חובותיהם לאכוף את הדין בשטח הכבוש.
67. בעיית אכיפת החוק על ישראלים מלווה את הכיבוש הישראלי מאז החל מפעל ההתנחלויות. בתחילת שנות השמונים, בעקבות בג"ץ 175/81 אל נאתשה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה (3) 361, הוקם צוות בראשותה של פרקליטה בכירה בפרקליטות המדינה, עו"ד יהודית קרפ, 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. בשנת 1994 התפרסם דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לעניין הטבח במערת המכפלה ("דו"ח שמגרי"), וגם שם נמתחה ביקורת קשה 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)

ובהמשך:

"נתגלו ליקויים באכיפת החוק... נקודת המוצא המקובלת עלינו היא כי בהיעדר אכיפת חוק יעילה אין גם שלטון יעיל. באווירה שבה איש הישר בעיניו יעשה, בלי ליטול על עצמו סיכון מוחשי שישא באחריות אם יחרוג מכללי המותר, נפגעת תקינות פעולתן של הרשויות המופקדות על השליטה היעילה בשטח. בית המשפט העליון העיר כבר לפני שנים, כי שלטון החוק אינו נוצר יש מאין, ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו ביטוי מוחשי ויומיומי בעצם קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים ובהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 554" (שם, עמ' 243; ההדגשה של הח"מ, ש.ז.)

68. בעקבות פרסום דו"ח שמגר ואימוץ מסקנותיו, הוקם המחוז השישי של משטרת ישראל, הוא מחוז ש"י. בהמשך, פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז מר מיכאל בן-יאיר, נוהל חדש אשר אמור היה להסדיר את חלוקת האחריות בנוגע לאכיפת החוק על ישראלים בגדה המערבית ובחבל עזה. נוהל זה שונה ועודכן מאוחר יותר בידי היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין (ראו נוהל אכיפת החוק והסדר לגבי ישראלים מפרי חוק באיו"ש ובאח"ע (מכתב מס' 15620/98)). בסעיף 6 לנוהל נקבע במפורש כי בעוד צה"ל משאיר בידו את האחריות הכללית, משטרת ישראל תהיה אחראית לאכיפת החוק על ישראלים בגדה המערבית.

69. אלא שכל הנהלים וכל הדו"חות, הסיכומים והוועדות לא שיפרו את המצב והפרת החוק מצד ישראלים בגדה נותרה ללא מענה ראוי עד עצם היום הזה [וראו בעניין זה בין היתר: "עקיפת חוק: כשלון אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית" (יש דין, מאי 2015); "רוח גבית: אי אכיפת צווים שיפוטיים, גרירת רגליים והכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית בשטחים" (יש דין, אוקטובר 2011); "מראית חוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית", יש דין (יוני 2006); "אדמה שדודה: חסימת הגישה של פלסטינים לקרקע סביב התנחלויות", בצלם, (ספטמבר 2008), "הסכמה שבשתיקה: מדיניות אכיפת החוק על מתנחלים בשטחים", בצלם (מרץ 2001); "דין לעצמם: אי-אכיפת החוק על מתנחלים שתקפו פלסטינים בתגובה לפגיעה באזרחים ישראלים", בצלם (אוקטובר 2001); "עומדים מנגד: אי-אכיפת החוק על מתנחלים בחברון", בצלם (אוגוסט 2002); "הכל צפוי והרשות נתונה: טיפולן של רשויות אכיפת החוק בהתקפות של מתנחלים על מוסקי זיתים", בצלם (נובמבר 2002)].

70. בחודש יולי 2013, פרסם דו"ח מבקר המדינה (דוח 63ב) ובו שם מבקר המדינה דגש מיוחד על התופעה לפיה נמנעות רשויות המדינה מלאכוף את החוק באיזור הגדה המערבית (להלן: דו"ח המבקר). הדו"ח כולל פרק מקיף בנושא אי אכיפת החוק בגדה ובין היתר צוין בו בעמ' 137 כי:

"בשנים 2011-2012 הביעו גורמים שונים את חוסר שביעות רצונם ממצב אכיפת החוק באיו"ש. ראש המנהא"ז תא"ל מוטי אלמוז, מסר בינואר 2011... כי צה"ל אמון על שלטון החוק באיו"ש, אך "אנחנו רחוקים מאוד מביצוע תפקידנו". היועץ המשפטי לאיו"ש מסר

בינואר 2012.... כי "התוצאה הסופית [של המאמצים להשליט את החוק באיו"ש] רחוקה מלהשביע רצון".

71. עתירה זו מהווה אם כן, דוגמה מובהקת לכך. כישלונם המהדהד של הרשויות למנוע את הפרת החוק הקולוסאלית המתוארת בדו"ח ששון הוא הרקע לעתירה זו: הזנחה פושעת של אכיפת החוק בגדה. גם במקרה זה, מסרבים המשיבים זה שנים באופן עקבי ושיטתי לאכוף את החוק ולפנות את מבני המאחז, אשר אף לשיטתם של המשיבים עצמם, הוקמו ללא ההיתרים הדרושים, מחוץ לשטח השיפוט של מועצה כלשהי, ללא החלטת ממשלה ועל קרקע שלכל הפחות שמעמדה הסופי טרם נקבע באופן חלוט.
72. העדר אכיפה זו, למרות הוצאתם של צווי הריסה ולמרות היותם של המבנים נשוא עתירה זו **בלתי חוקיים וממוקמים על קרקע פלסטינית פרטית**, הינם מחדל מתמשך, המצטרף למסכת ארוכת שנים של אי-אכיפה מצד הרשויות ביחס למאחז זה וביחס לאדמותיהם של העותרים דכאן, מסכת שאין שום דרך לתאר אותה מלבד אי-אכיפה מכוונת ומודעת.

II - קניינם של העותרים וחובות המשיבים 1-4

73. העותרים הינם הטוענים לזכויות במקרקעין עליהם ממוקמים מבני המאחז ונבנים המבנים האמורים. נסחי מס הרכוש שהוצאו על ידי המשיבים מכירים בכך שלעותרים יש לכל הפחות טענת זכות קניינית בקרקע. על בסיס טיעוני העותרים והוריהם, הוחל בהליכי הסדר ביחס לאדמות המאחז, הליכים שהותלו באיבם בשל כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית והצו שהוצא מתוקפו.
74. העותרים הינם אזרחים המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, וכך גם הקרקעות שבבעלותם, קרקעות עליהן ממוקמים המבנים נשוא עתירה זו. מתוקף היותם אזרחים המצויים בשטח הנתון לתפיסה הלוחמתית, הם בעלי מעמד של "אזרחים מוגנים", על פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי. הוראות המשפט ההומניטארי חלות על שטח הגדה המערבית ועל העותרים, כפי שכבר קבע בית המשפט הנכבד מקדמת דנא (וראו לעניין זה את דבריו הנשיא (בדימוס) אהרון ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4), 785, עמ' 791-792).
75. כמו כן, חלים על האזור הוראות אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, שעניינה הגנה על אזרחים במהלכו של סכסוך חמוש, כפי שחזר וקבע זה לא מכבר בית המשפט הנכבד (ראה לעניין זה את בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על 2005(3), 3333, בעמ' 3340).
76. אחת החובות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא שמירה, בין היתר, על הרכוש של האוכלוסייה המוגנת. כך קובעת תקנה 46 לתקנות האג, כי:

Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.

(הדגשות הוספו, ש.ז.)

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

"Civilians who do not take part in hostilities shall be respected and protected. They are entitled to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions, and their manners and customs. Their property is also protected" (Gasser, "Protection of the Civilian Population", In: D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* 211 (1995))

77. בנוסף, קיימת הוראה מקבילה גם באמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת כי :

Art. 53 – Prohibited Destruction:

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

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

“The Extension of protection to public property and to goods owned collectively, reinforces the rule already laid down in the Hague Regulations, Articles 46 and 56 according to which private property and the property of municipalities and of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and science must be respected” (J.S. Pictet: **Commentary: IV Geneva Convention**, 1958, p. 301).

79. אין ספק כי מעשיהם של תושבי המאחז, אשר השתלטו בפועל את שטחיהם של העותרים, מנעו ועודם מונעים מהם את היכולת לעבד את אדמתם, הציבו עליהם מבנים ומגורונים, חסמו דרכים וגידרו את השטח על פי רצונם, מהווים שימוש שלא כדין בניגוד לחוק ברכושו וקניינו של אחר, מובילים להרס ובלאי של הנכס או לכל הפחות מהווים הפקעת היכולת ליהנות ממנו ולהפיק ממנו את הפירות המקווים. פעילות זו נעשתה בידיעה מוחלטת של המשיבים 1-4, אשר לא נקפו אצבע על מנת למנוע זאת, למעט הוצאת צווים אשר שוכבים במשרדי המשיבים כאבן שאין לה הופכין.

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

“חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה"חיובית".” (בג"ץ 4764/04 - רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5), 385, עמ' 394-393).

– וגם

“במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטאריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים (החובה ה"שלילית"). חובתו היא גם "חיובית". עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים” (שם, בעמ' 408).

– וראו לעניין זה גם

“[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכח המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות

מקרקעין של הפרט, אסורה על פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא במקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה. " (בג"ץ 7862/04 - זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5), 368, עמ' 377-376).

81. בפסק דין שניתן בעניין המאחז הבלתי חוקי מיגרן ביום 2.8.11, בבג"ץ 8887/06 יוסף מוסא עבד א-ראזק אל-נאבות ואח' נ' שר הביטחון מיום 2.8.11 ביקר בית המשפט את התנהלות המשיבים בכל הנוגע לגרירת רגליהם באיפת החוק בגדה והפגיעה המתמשכת הנגרמת כתוצאה מכך, לזכות הקניין של התושבים הפלסטינים. וכך צויין בפסקה 16 לפסק הדין:

"...הקו המנחה ובעל המשקל המכריע בהכרעותינו השיפוטיות הוא כי על רשויות המדינה לפעול לקיום החוק ולאכיפתו באזור, במיוחד כך כאשר הפרת החוק פוגעת בזכויות הקניין של התושבים המוגנים; זאת, כפי שצוין קודם, אף בהתאם לעמדתה המוצהרת של המדינה אשר הובאה בפנינו פעמים רבות. אין חולק כי על פי דין אין להקים ישוב על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים, וגם לשיטת המשיבים יש לראות בחומרה רבה פגיעה בזכות הקניין של תושבים אלה. לפיכך אף הציבה המדינה עקרון זה בראש סדרי העדיפויות לאכיפת החוק באזור. מדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל עולה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט הזה עוד מראשית דיונו בסוגיית הקמת הישובים באזור יהודה ושומרון. בפרשת אלון מורה הנ"ל, נאמר עוד מפי הנשיא מ' לנדוי:

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

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

82. לסיום חלק זה מצאנו לנכון להביא את הדברים שנקבעו בפסק הדין החלקי שניתן ביום 18.11.13 בבג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל מפעלים חינוכיים ואח' נ' שר הביטחון, אשר עסק בשישה מאחזים בלתי חוקיים בגדה המערבית אשר הוקמו ברובם על קרקעות פרטיות של תושבים פלסטינים. באותו מקרה קבע בית המשפט את הדברים הבאים, הנכונים ביתר שאת גם לענייננו (בפסקה 16 לפסק הדין של נשיא בית המשפט דאז, כב' השופט א' גרוניס):

"ההחלטה להורות על פינוי מבנים במאחזים ביהודה ושומרון, אף אם נבנו באופן בלתי חוקי ועל קרקע פרטית, החלטה קשה היא. כך, בעיקר בשל השלכות הפינוי על התושבים, שלעיתים זוהי קורת הגג היחידה שלהם. עם זאת, אין בכך כדי להכשיר את גרירת הרגליים המתמשכת של המדינה, את היעדר האכיפה ואת אי-החוקיות הטמונה בהותרת המבנים שעל קרקע פרטית על כנס במשך זמן כה רב. לא זו בלבד שהמבנים נותרו על כנם, אלא שמהודעות הצדדים התברר שבשנים בהם מתנהלת העתירה נבנו אף מבנים חדשים, חלקם על קרקע פרטית. ודוקו: אין צורך להכביר מילים על חשיבות הסוגיה שלפנינו. ההתיישבות ביהודה ושומרון היא סוגיית מדיניות שהדרגים המדיניים הבכירים נדרשו לה, וזו גם אחת הסיבות המרכזיות לאורך הרוח שגילה בית המשפט בעתירה זו, ושמגלה בית

המשפט בעתירות מסוג זה. על כן, אנו שבים ומדגישים כי חיוב המדינה לפנות ולהרוס את המבנים המצויים על קרקע פרטית אינו אלא הגשמה של מדיניות שהמדינה עצמה ביקשה לנקוט, פעם אחר פעם, תוך שנקבה מועדי יעד לביצועה. מדיניות זו, המתבטאת בין השאר גם בהצבת המבנים על קרקע פרטית בראש סדרי העדיפויות לאכיפה, נותנת ביטוי ראוי לזכות הקניין של התושבים המוגנים ולערכי שלטון החוק.

83. הנה כי כן, לעותרים קיימת הזכות על פי המשפט הבינלאומי כי רכושם יהא מוגן על ידי המפקד הצבאי בשטח. **קל וחומר** כאשר הפוגעים והמהרסים של הרכוש באים מקרב האוכלוסייה של הצד הכובש. אל מול זכותם זו של העותרים עומדת חובתם של המשיבים 1-4 להבטיח **באופן אקטיבי** את קיומה של הזכות, כשהממד "החיובי" של חובה זו מחייב את הרשויות לנקוט בכל ההליכים והאמצעים העומדים לרשותם על מנת שהגנה זו תובטח. מכאן כי בהימנעותם מלאכוף את החוק כנגד הבניה בשטח המאחז בכלל וכנגד האחראיים לבנייה זו, מועלים המשיבים בחובה החוקית, החוקתית והמוסרית המוטלת עליהם.

84. הוראות דומות המחייבות את המשיבים לנקוט בכל ההליכים על מנת להשיב לעותרים את בעלותם על הקרקע קיימות גם בדברי החקיקה הישראלית החלים מכוח עקרונות המשפט המינהלי על פעילותם בגדה המערבית. כך למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" דהיינו כי מעמדה החוקית של הזכות לקניין אינו מוגבל אך לתושב או לאזרח, אלא מוחל על כל אדם באשר הוא. סעיף 11 לחוק יסוד זה מטיל חובה מפורשת על כל רשות מרשויות השלטון "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" דהיינו כי המשיבים, כחלק מרשויות השלטון, **מחויבים לפעול תוך שמירה על קניינו של האדם ומבלי לפגוע בו**. לעניין זה יפים דבריה של נשיאת בית המשפט העליון, השופטת ד' בייניש בפסק הדין בעניין מוראד:

"בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי [...]. לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם." (בג"ץ 9593/04 ראשד מוראד, ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח' תק-על 2006(2), 4362, עמ' 4370; [26/6/2006]).

וראו לעניין זה גם בג"ץ 5023/08 שחאדה ואח' נגד שר הביטחון ואח' [פסק דין מיום 9.2.2015, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא דאז, כב' השופט א' גרוניס].

85. **לסיכום חלק זה**: למרות החובות המוטלות עליהם, ממשיכים המשיבים להשתהות – שלא לומר להשהות – את ביצוע החובה החוקית-חוקתית-מוסרית המוטלת עליהם לאכוף את החוק על יושבי המאחז ולממש צווי ההריסה שהוצאו זה מכבר לכל אותם המבנים הממוקמים על אדמות העותרים. **הן על פי המשפט ההומניטארי הבינ"ל והן על פי הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוכרת ומעוגנת זכותם של העותרים להגנת קניינם. במקביל, מוטלת לפתחם של המשיבים 1-4 החובה להבטיח את מימוש הזכות הקניינית של העותרים על הקרקעות שבבעלותם. לצערם של העותרים ולקלונה של המדינה, הרשויות האמונות על האכיפה נמנעות באורח שיטתי מאכיפת הדין.**

III – הפרת חובת המשיבים 1-4 – הם נציגי המעצמה הכובשת - להגן על רכוש הציבור

86. בבחינת למעלה מן הצורך, יבקשו העותרים להשמיע את טיעונם גם במישור זה, וזאת כיוון שבוצעה כאמור הכרזה על השטח כאדמות ציבור. יחד עם זאת, גם אם ייקבע בתום הליך הערר, באופן סופי ומוחלט, כי המדובר בשטח שאינו אדמה פרטית אלא כזה הראוי להיות מוגדר כאדמות ציבור, עדיין קיימת חובה לפתחם של המשיבים 1-4 שלא להפקיר את נכסי הציבור של השטח הכבוס ולשמור עליו מפני הזקים.

87. הוראות דיני התפיסה הלוחמתית גורסות כי מצב הכיבוש הינו זמני; משכך, הכוח השולט בשטח, המהווה את חליפו של הריבון, משמש כנאמן זמני בשטח. מתפיסה זו נובעת ההוראה כי כל שינוי ארוך טווח באזור הכבוש, ככל שהוא מותר, ייעשה לטובתה של האוכלוסייה המקומית (היא אוכלוסיית האזרחים המוגנים).

88. לכך יש להוסיף את האמור בתקנה מס' 55 לתקנות האג, המטילה על הכוח הכובש ובכלל זאת על המשיבים, את החובה לשמור על הנכסים הציבוריים ולנהלם על פי כללי טובת ההנאה. וכך מורה אותנו תקנה מס' 55 לעניין זה:

תקנה 55 המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ולנהנה של הבניינים הציבוריים, נכסי דלא ניידים, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה.

89. גם המחקר העדכני של הצלב האדום הבינלאומי בדבר הדינים המנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי אישש את הטענה כי אכן קיים כלל במעמד של משפט בינלאומי מנהגי, הקובע כי נכסי ציבור דלא-ניידים בשטח כבוש ינוהלו ע"פ דיני הנאמנות למעט אם שימוש מכלה שלהם או פגיעה בהם בכל דרך אחרת נדרשת בשל "צורך מלחמתי הכרחי". כך הדברים קבועים בכלל המנהגי מס' 51:

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.

90. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בחובות המוטלות על המשיבים בכל הנוגע לשמירה על אדמות ציבור, והמגבלות על המשיבים בהקשר זה. בבג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פד"י לו(1) 701, (בעמ' 704) נקבע לעניין 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 ולקיומו של הרכוש".

91. מכאן כי על המשיבים חובה לנקוט בפעילות אקטיבית לצורך אכיפת החוק, כחלק מהשמירה על נכסי הציבור בשטח הכבוש, המצויים ברשות המשיבים בנאמנות. הימנעות המשיבים מלבצע את חובותיהם, לאכופ את החוק ולשמור על נכסי הציבור, קל וחומר להעניק את תמיכתם וסיועם, הישירה והעקיפה, למען מטרה זו, היא שאפשרה את מצב הדברים הנוכחי בו אדמות ציבור מובהקות מוחזקות בידי גורמים עבריינים שלא כחוק ובניגוד לדין, ואלה עושים בהן כרצונם, לשימוש האישי בלבד ולצרכיהם הפרטיים וכל זאת על חשבונה של האוכלוסייה המוגנת.

92. עמדת העותרים כי הפקרת נכסי הדלא נייד המוגדרים כאדמות מדינה והינם נכסי הציבור לידי תושבי המאחז, כאשר הבנייה בשטחו נעשית תוך הריסת הקיים (בין היתר משום שמדובר בשטח חקלאי) וכל זאת ללא היתר ובניגוד לחוק איננה יכולה להיחשב ל"שמירה" על רכוש הציבור.
93. השתלטות המתנחלים על קרקעות המדינה ועשייה בהן כבשלהם, ללא כל הפרעה ממשית כלשהי מצד המשיבים, ותוך כדי ידיעה ברורה על כך שזהו המצב כפי שעולה מדו"ח שפיגל ודו"ח ששון שהוזכרו לעיל, מהווה, לפיכך, הפרה מצד המשיבים של כל חובותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כמו גם הפרה של החובות המוטלות על המשיבים מכוח המשפט הישראלי. המטרה של בנייה בלתי חוקית זו הובהרה באופן מפורש לא אחת על ידי הרשויות המקומיות הפועלות באזור, דוגמת המשיבה מס' 5: לכפות את קיומם של המבנים על המשיבים הר כגיגית, ולחייב את המשיבים 1-4 להשלים עם התוצאות הבלתי חוקיות של המעשים הבלתי חוקיים, ואף להובילם לקראת הכשרתם בדיעבד.
94. 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, שם נעזרו ועדיין נעזרים הגורמים העבריינים ברשויות עצמן, פשוטו כמשמעו. עזרה מהסוג הנ"ל באה לידי ביטוי, בין היתר, גם בהעדר אכיפה, העדר הוצאת צווים הנדרשים בנסיבות העניין ו/או העדר מימושם של צווים אלו.
95. בדו"ח ששון, שנוכר לעיל קבעה עו"ד טליה ששון את הדברים החמורים הבאים:
- "מתברר כי מאז 1998 הפסיקה יחידת הפיקוח לפקח ולנסות לאכוף את חוקי הבנייה על ישראלים בתחום הישובים באיו"ש. יחידת הפיקוח אינה בודקת ואינה מדווחת על בנייה בלתי חוקית באזורים אלה." (שם, בעמ' 217).*
96. משכך התנהלות המשיבים מהווה הפרה בוטא של החובה המוטלת בעניין זה וגם מסיבה זו יש לחייבם לעצור את הבנייה הבלתי חוקית המתבצעת במאחז, ולהסיר את מבניו, כמו גם לפתוח לאלתר בחקירה פלילית כנגד אלה העומדים מאחורי הבנייה.

ז. הסעז המבוקש

97. במסגרת עתירה זו מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי המכוון נגד המשיבים 1-4 והמחייב אותם לנקוט בכל האמצעים הדרושים לפינוי כלל המבנים שהוקמו על אדמות.
98. לצערנו עד כה, כפי שתואר בפירוט לעיל, חרף תכתובת ענפה שנוהלה מול הגורם המשפטי הבכיר באזור, דבר לא נעשה, תגובה לא נשלחה והבנייה רק הולכת וגוברת. עמדתנו היא כי באי-מימוש צווי ההריסה מפירים המשיבים 1-4 את חובתם החוקית.
99. זאת ועוד – בהעדר אכיפה גם במובן הפלילי, בדמותה של חקירה פלילית בכל הנוגע להפרות הדין הנובעות מהבנייה, וזאת במנותק משאלת מעמד הקרקע, אין כל ממד הרתעתי כנגד הגורמים העבריינים, כאשר הניסיון מלמד כי אלה משכפלים את דפוסי התנהלותם במאחז ובמקומות נוספים.
100. ידענו ועל-כן לא מיהרו העותרים בהגשת העתירה: בית משפט נכבד זה אמר אמנם לא אחת כי אין הוא נוהג להוציא תחת ידיו צווים דקלרטיביים האומרים כי את החוק יש לאכוף. יחד עם זאת בקשתם של העותרים היא לצו עשה ספיציפי המחייב את המשיבים לפנות ולממש צווי הריסה ביחס למבנים קונקרטיים. צו זה מתבקש בשל סירוב עקבי ונמשך של הרשות השלטונית המוסמכת לאכוף את החוק ביחס למבני המאחז. צו זה נדרש מכיוון שהיקף הבניה הבלתי חוקית מחד והיעדר כל נסיון אכיפה מאידך (שאין כל דרך לפרשו אלא כמכוון), יוצרים את אותו סף שהפסיקה קבעה להתערבות בית המשפט הנכבד

במדיניות אכיפת החוק – התנערות מוחלטת של הרשות מחובתה לאכוף את החוק (ראו: בג"ץ 6579/99 פלבר נ' ממשלת ישראל, תק-על 3)99: 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"

101. הנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנו, ובראשן ההיסטוריה של העתירות הנוגעות למאחז, בהן העתירה הראשונה שהוגשה בנושא הסרת הבניה הבלתי חוקית באדמות העותרים הוגשה עוד בשנת 2002, העובדה כי לאורך כל הדרך מאז ועד היום מבטחים המשיבים להוביל אכיפה בשטח האמור, **מוכיחות בבירור ומעל לכל ספק שהרשויות המוסמכות התנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק** וכן שהן **נמנעות ממילוי חובתן באופן בלתי סביר ובלתי מתקבל על הדעת**.

102. בבג"ץ 2303/04, אמיר נבות ואח' נגד אלוף פיקוד מרכז ואח', (טרם פורסם; פסק הדין מיום 14.8.2008) התייחס כבוד השופט רובינשטיין לחובת הרשות לפעול למימוש הצווים שהוציאה, כחלק מחובתה לאכוף את החוק בגדה המערבית:

"יכולים אנו לומר לרשויות – היכבדו ועשו כאשר הבטחתן, פקחו, איכפו והקפידו, כדי שלא ייוצר פער בין המוצהר לנעשה, וזאת באופן עקבי ולא על פי משבי רוח כאלה ואחרים ועתירות מצד זה או אחר."

103. בענייננו, הפעילות הנמרצת של מקימי ויושבי המאחז "דרך האבות" היא התרסה ברורה ובוטה נגד שלטון החוק באזור. למדו תושביו הישראלים של האזור כי החוק בידיהם ולשירותם, כי באפשרותם לעשות כל שעולה על דעתם מבלי שאף אחד מהמשיבים יטרח להתערב קל וחומר לפעול באופן אפקטיבי. עוד למדו תושבי המאחז כי הבטחות והתחייבויות של המשיבים 1-4 בנוגע לפינוי ולטיפול במאחזים הבלתי חוקיים, בכל פורום אפשרי, **לרבות בפני בית משפט זה**, אינם מהווים אלא עוד נדבך בכרוניקה של טופסולוגיה ידועה מראש, אשר אינה מביאה לשינוי המצב בשטח כהוא זה, ואף מחמירה את המצב עם העותרים כולם.

104. בהיותם הגורם המופקד על שמירת שלטון החוק בישראל, התנערותם המתמשכת של המשיבים מביצוע חובתם לאכוף את החוק באזור ולהגן על קניינם של העותרים, מטילות קלון על כתפיהם, על הציבור בישראל והמדינה בכללותה. וכפי שקבע בעבר בית המשפט הנכבד:

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

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

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש ברישא לכתב עתירה זה ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעון בעל-פה, להופכו למוחלט.

כמו-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים וכן בשכר-טרחת עו"ד בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירים מטעם העותרים וכן בתצהירו של מר מוהנד ענאתי.

ואלה הנימוקים בעתירה לצו ביניים ולצו ארעי:

העותרים יבקשו מבית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים המורה –

למשיבים 1-4: לנקוט בכל הפעולות הדרושות כדי למנוע את איכלוסם של המבנים נשוא העתירה ע"י כל אדם וכל שימוש בהם ע"י כל אדם וכן לנקוט בכל הפעולות הדרושות כדי למנוע כל פעולת בנייה בהם, ובכלל זה פעולות של בניית המבנים עצמם, פעולות שנועדו לחבר את המבנים לתשתיות, וכן פעולות של סלילה ו/או פריצת דרכים אל המבנים ומהם;

למשיבה מס' 5: להימנע מביצוע כל עבודות בנייה או סיוע לעבודות בנייה, בעצמה או באמצעות אחרים, בכל הנוגע למבנים נשוא העתירה וכן להימנע מביצוע או סיוע לביצוע כל עסקה במבנים ובכלל זאת מכירה, העברה, השכרה, איכלוס והעברת זכויות מכל סוג שהוא בין בתמורה או שלא בתמורה;

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.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. כאמור, עתירה זו מבקשת סעד שעניינו אכיפת החוק כנגד העבודות לבניית המבנים הנבנים בשולי המאחז "דרך האבות", ובכלל זאת הוצאת צווי הפסקת עבודת ומימוש והוצאת צווי הריסה ומימוש.

ב. הבנייה של כל המבנים נעשתה באופן לא חוקי, כשאי-החוקיות מתבטאת במספר מישורים:

- הבניה נעשית על אדמה שלעותרים טענות זכות לגביה, ולכל הפחות מעמדה המשפטי נתון לבירור בפני ערכאה משפטית אחרת;
- הבנייה נעשית ללא היתרי בנייה, וככל שישנם היתרי בנייה הרי שהם אינם חוקיים;
- הבנייה מנוגדת וסותרת את תכנית המתאר החלה על האזור;
- הבנייה מבוצעת ללא הסכמת הבעלים;

ג. כפי שמפורט בחלק העובדתי לכתב העתירה המבנים נבנו על אדמות שלעותרים טענות זכות לגביהן אשר מתלבנות בפני הערכאה המשפטית המוסמכת. אולם גם אם ייקבע כי המדובר באדמות ציבוריות, המכונות גם אדמות מדינה, הרי מהבחינה המשפטית מנוהלות אלה ע"י המשיבים במשטר של נאמנות ולא משטר של הפקרות.

ד. היות והבנייה מתבצעת בקצב מסחרר, והראיות שבידי העותרים מוכיחות כי המבנים הוקמו בתוך פרק זמן קצר של כשלושה חודשים, קיים חשש ממשי לאיכלוסם בקרוב. אכלוס יערים קשיים של ממש על מימוש הסעד המבוקש בעתירה זו, ויסבך את ביצוע הפעולות הנדרשות לאכיפת החוק, שכן על-פי נוהלי המשיבים אין מפנים בית המאוכלס ע"י ישראלים בגדה המערבית ללא אישור המשיב מס' 1, שר הביטחון. ברור שהדבר מזמין לחצים פוליטיים וברור גם שהדבר יביא לעיכובים בפעולות האכיפה שכן למשיב מס' 1 עיסוקים רבים ולא מן הנמנע שייקח זמן רב עד שיתפנה לעסוק בעניינם של כעשרה מבני קבע לא חוקיים, מתוך עשרות אלפים שנבנו והוצבו בגדה המערבית.

ה. לכך יש להוסיף כי המשיב מס' 3 התחייב באופן חד-משמעי בפני בית המשפט הנכבד בעבר, כי קיימת עדיפות עליונה להשלמת הליכי אכיפה כלפי מבנים המצויים בראשית בנייתם ושטרם אוכלסו.

ו. מנסיון העבר אף עולה כי הגורמים הבונים את המבנים הלא חוקיים באזור, נוהגים למכור אותם בכסף לצדדים שלישיים, חלקם עשויים להיות תמי לב. צו הביניים נדרש אם כן גם על מנת למנוע מצב של פגיעה באותם צדדים שלישיים, להם ינסו הגורמים הבונים למכור את המבנים האמורים.

ז. מנגד, ברור ולא יכולה כל מחלוקת הוא כי בניית המבנים אינה חוקית ואינה נעשית בהתרים על פי הדין. על כן, לא ייגרם כל נזק מהוצאת צו הביניים והצו הארעי למי שבונה את המבנה ומי שעתידי להתגורר בו, שכן הבנייה והמגורים הם שניהם בגדר התנהגות עבריינית, אשר נידונה לכלייה.

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 בתיק דומה, בג"ץ 6357/05 תנועת "שלום עכשיו" ואח' נגד **שר הביטחון ואח'** (החלטה וצו ביניים מיום 5/7/2005). כמו-כן ניתן צו ביניים דומה ע"י בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 2817/08, **מוניר חסן חוסיין מוסא נגד שר הביטחון ואח'** (החלטה וצו הביניים מיום 7.04.08), ובמסגרת בג"ץ 5023/08, **סעיד זהדי מוחמד שאדה ואח' נגד שר הביטחון ואח'** (החלטה וצו הביניים מיום 19.6.2008, שם הורו למשיבים למנוע כל שימוש במבנים אשר נבנו שלא כדין על אדמות העותרים דשם, ובמסגרת בג"ץ 9060/08 **מחבובה מוחמד סעיד יאסין ואח' נ' שר הביטחון ואח'** (החלטה וצו הביניים מיום 12.11.2008), שם אסר בית המשפט על ביצוע כל עבודות בנייה במאחז, וכן אסר בית המשפט על ביצוע כל עיסקה במבנים נשואי העתירה, לרבות: מכירה, השכרה, או העברת זכויות מכל סוג שהוא.

יא. מניסיון העבר עולה כי כאשר מוגשת עתירה כגון זו, ממהרים בוני המבנים הלא-חוקיים לאכלסם כדי לסכל את האפשרות שצו ביניים של בית המשפט הנכבד יהיה אפקטיבי. כך היה בבג"ץ 6357/05 שם המבנים אוכלסו מיד עם היוודע דבר הגשת העתירה, וכך היה גם בבג"ץ 5023/08, עת ניתן היתר רבני מיוחד לבוני המבנים אף לבנות בשבת על מנת "להשיג" את בית המשפט בטרם יתן צו בעניין, וככל הנראה, בעתירות בבג"ץ 2817/08 ובבג"ץ 9060/08 הנזכרות לעיל.

יב. בעתירה בבג"ץ 5023/08 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 (דאז) ביניש והשופטים (כתארים דאז) גרוניס ורובינשטיין):

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

העתק מההחלטה מיום 24.3.2009 בעתירה בבג"ץ 5023/08 מצ"ב לבקשה זו ומסומן **נספח 16**.

יג. לפיכך, נדרש גם צו ארעי שיוצא עוד בטרם קבלת תגובת המשיבים ויעמוד בתוקפו עד להחלטה בבקשה לצו ביניים.

אשר על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא בדחיפות צו ביניים כמבוקש אשר יורה למשיבים לנקוט בכל הצעדים הדרושים בכדי למנוע אכלוס המבנים נשוא העתירה וחיבורם לתשתיות.

תאריך: 11.8.2015