

העותרים

1. נדמי חסן מוחמד סלמאן
 2. חסין אחמד חסן חלימה
- ע"י ב"כ עוה"ד מיכאל ספרד ואח'
מרח' אחד העם 49, תל אביב, 65206
טל': 03-6206847/8/9; פקס': 03-6206950

נגד

המשיבים

1. שר הבטחון, מר אהוד ברק
 2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף גדי שמני
 3. ראש המינהל האזרחי, תא"ל יואב מרדכי
 4. מפקד מחוז ש"י של משטרת ישראל, ניצב שלומי קעטבי
- ע"י פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים
טל': 02-6466771; פקס': 02-6467011
5. מועצה אזורית שומרון
- ע"י ב"כ עוה"ד י.דגני ואח'
מרח' קרן היסוד 27, ירושלים
טל': 02-6248877; פקס': 02-6248553

תגובה מקדמית מטעם המשיבים 1-4 לעתירה ולבקשה למתן צו-ביניים

1. בהתאם להחלטתו של כבי' השופט דנציגר מיום 26.5.09, מתכבדים המשיבים 1-4 (להלן – **המשיבים**) להגיש תגובתם המקדמית לעתירה ולבקשה למתן צו-ביניים.
2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיבים לנקוט את כל הפעולות הדרושות כדי להפסיק את בנייתו של מבנה הקבע אשר נבנה בתחומו של המאחז הבלתי-מורשה אל-מתן, ובכלל זה לנקוט את כל הפעולות לשם הוצאה ומימוש של צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה ביחס למבנה האמור. כן מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד כי יורה למשיבים לנקוט את כל הפעולות הנדרשות כדי לחקור ולהעמיד לדין את האחראים לבנייה הבלתי חוקית האמורה של המבנה.

כסעד ביניים, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיבים לנקוט את כל הפעולות הנדרשות כדי למנוע את השלמת ואת השמשתו בנייתו של המבנה נשוא העתירה, ובכלל זה למנוע ביצוע של פעולות שנועדו לחבר את המבנה לתשתיות, וכן פעולות של סלילה ו/או פריצת דרכים אל המבנה וממנו.

בהחלטתו של כבי' השופט דנציגר מיום 26.5.09, ולבקשת העותרים, ניתן במעמד צד אחד צו ארעי "להפסקת כל עבודות הבניה ו/או חיבור לתשתיות ו/או סלילת דרכים של המבנה נשוא העתירה ולהימנע מביצוע כל עסקה במבנה זה ו/או העברת הזכויות בו, עד להחלטה אחרת בעתירה".

3. המשיבים יטענו, כי דין העתירה והבקשה למתן צו-ביניים להידחות על-הסף.

ראשית, דין העתירה והבקשה למתן צו-ביניים להידחות על הסף מן הטעם שביחס למבנה נשוא העתירה מתנהלים ממילא הליכי אכיפה ופיקוח, כפי שיפורט להלן. **שנית**, ובהמשך לאמור, דין העתירה והבקשה למתן צו-ביניים להידחות בשים לב לשיקול הדעת הרחב השמור לרשויות האכיפה בקביעת סדרי עדיפותן באכיפת החוק ויישומו הלכה למעשה.

עמדת המשיבים בתמצית הינה, ששאלות הנוגעות למועד מימוש הליכי האכיפה, שהן נגזרות של סדרי העדיפויות של המשיבים בכל הנוגע לאכיפת דיני התכנון והבניה, מצויות בתחום שיקול דעתם הרחב. העתירה אינה מצביעה על עילה ראויה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בסדרי העדיפויות של המשיבים באכיפת דיני התכנון והבניה באיו"ש.

עמדת המשיבים תפורט להלן.

תמצית העובדות הרלוונטיות

אי-חוקיותו של המבנה

4. בהתאם למידע שנמסר מלשכת היועמ"ש לאיו"ש, המבנה נשוא העתירה נמצא בתחום אדמות מדינה מוכרזות, בפאתי המאחז בלתי-מורשה "אל מתן", בגבולות תחום היישוב מעלה שומרון שבמועצה האזורית שומרון (וראו לעניין זה סעיפים 12-18 לכתב העתירה).

5. מלשכת היועץ המשפטי לאיו"ש נמסר, כי המבנה מצוי בתחום תכנית מתאר מאושרת מס' 116/2, שאושרה למתן תוקף ביום 14.4.99. עוד נמסר, כי התוכנית האמורה אינה ברמה של תכנית מפורטת, כאשר מתן היתרי בנייה מכוחה מחייב, ככלל, אישור תכנית מפורטת נוספת.

בהתאם למידע שנמסר מלשכת היועמ"ש לאיו"ש, המבנה נשוא העתירה מצוי בשטח שייעודו מוגדר ע"פ תוכנית 116/2 כ"שמורת טבע לפי תכנית מתאר אזורית S15". מכח הוראותיה של התוכנית האמורה, על אזור בעל ייעוד שכזה יחולו הוראות החלות על שמורות טבע, כאשר "לקמ"ט שמורות הטבע ולקמ"ט חקלאות [במינהל האזרחי] תהיה הסמכות לאשר לפתח באזור זה חקלאות מיוחדת כפי שתוגדר על ידם **ובלבד שלא יבנו בניינים מכל סוג שהוא**" [ההדגשה חוספה – ג.ש.].

6. לנוכח האמור, הגם שהמבנה מצוי בתחומה של תכנית מתאר מאושרת, הרי שלא ניתן, ולכאורה לא יכול להינתן על-פי התוכנית הנ"ל, היתר בנייה מכוחה לשם הקמתו. לפיכך, מדובר במבנה שנבנה שלא כדין, וללא היתר בנייה כנדרש ע"פ חוק.

הליכי אכיפה ופיקוח

7. בהמשך לאמור, ביום 18.5.09, כפי שנמסר מלשכת היועמ"ש לאיו"ש, נמסר ביחס למבנה נשוא העתירה צו הפסקת עבודה, אשר אוסר על המשכן של כל עבודות בנייה במבנה, וכן נפתח כנגד המבנה תיק בנייה בלתי חוקית ט"41/09. במסגרת זו, זומן המחזיק במבנה להתייצב בוועדת המשנה לפיקוח של מועצת התכנון העליונה. **מלשכת היועץ המשפטי לאיו"ש נמסר, כי בעת מסירת צו הפסקת העבודה, בנייתו של עיקר המבנה כבר הושלמה ברובה, למעט עבודות גימור שונות.**

העתק מצו הפסקת העבודה מיום 18.5.09 מצורף לתגובה זו ומסומן מש/1.

8. מועד הדיון בוועדת המשנה לפיקוח קבוע עתה ליום 25.6.09, וזאת לאחר שתי בקשות לדחייה שהוגשו מטעם מזכירות היישוב מעלה שומרון (מועד הדיון המקורי נקבע ליום 26.5.09). במסגרת הדיון שיתקיים בוועדה, תישמע טענות בא-כוח המחזיקים במבנה, ותתקבל החלטה האם להוציא נגד המבנה צו סופי להריסה.

9. עוד נמסר מלשכת היועמ"ש לאיו"ש, כי לאחר מסירתו של צו הפסקת העבודה, התקיימו בשטח בו הוקם המבנה נשוא העתירה סיורים של המינהל האזרחי, לרבות סיור נציג מפקדת התיאום והקישור הגיזרתי ונציגי היחידה המרכזית לפיקוח.

כמו כן, בהתאם למידע שנמסר מאגף החקירות והמודיעין של משטרת ישראל, ביום 2.6.09, הגיעה לאזור ניידת ועיכבה לחקירה ארבעה אנשים ששהו בקרבת המבנה, אם כי אלו לא נראו עובדים באותה עת. ממשטרת ישראל נמסר עוד, כי בהמשך לכך, נערכו בימים האחרונים סיורים נוספים מטעם המשטרה באזור המבנה נשוא העתירה, שלא גילו עבודות נוספות שבוצעו במקום.

עמדת המשיבים

היעדר עילה להתערבות בסדרי העדיפויות בהליכי האכיפה והפיקוח

10. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בסדרי העדיפויות של המשיבים לעניין אכיפת דיני התכנון והבנייה באיו"ש.
11. אין מחלוקת בין העותרים לבין המשיבים על כך שהמבנה נשוא העתירה הינו מבנה שהוקם שלא כדין, וללא היתר בנייה מכח החוק. המשיבים החלו, כמפורט לעיל, בהליכי אכיפה כנגד בנייתו של המבנה האמור. יחד עם זאת, שאלת סדרי העדיפויות באכיפת דיני הבנייה נתונה להכרעתם של המשיבים, ואין כל עילה משפטית להתערב בשיקול דעתם הרחב של המשיבים בכגון דא.
12. למותר לציין, כי עמדתן העקרונית של רשויות התכנון, כפי שהובעה פעמים רבות, הינה כי ככלל יש מקום לאכוף את דיני התכנון והבניה ביחס לכל בנייה בלתי חוקית. בתוך כך, ונוכח מגבלות כת האדם והמשאבים הנדרשים למשימה, נאלצות רשויות התכנון והבניה לקבוע סדרי עדיפויות המכתיבים את אופן קיום פעולות האכיפה המבוצעות על ידיהן. בהקשר זה יצוין, כי אמות המידה שלאורן נקבעים סדרי העדיפויות של רשויות התכנון והבניה, נבחנות ומעודכנות על ידן מעת לעת בהתאם לשינוי הנסיבות והעתים.
13. בהתאם, פעילויות הפיקוח והאכיפה ביחס לבנייה בלתי חוקית באיו"ש, לרבות באזור בו עוסקת העתירה דגן, ננקטות בהתאם לסדרי העדיפויות שנקבעו על-ידי הרשויות המוסמכות.
14. בהקשר זה יצוין, כמפורט לעיל, כי בעניינו של המבנה נשוא העתירה החלו הרשויות בהליכי אכיפה ופיקוח של דיני התכנון והבנייה, כאשר אלו טרם הגיעו לכלל מיצוי.
- כך, כפי שנמסר מלשכת היועמ"ש לאיו"ש, הוצא ביום 18.5.09 צו הפסקת עבודה בעניינו של המבנה נשוא העתירה, וזאת ככל הנראה כאשר בנייתו של המבנה כבר הושלמה ברובה. בהתאם לדין, לאחר הוצאתו של צו כאמור, זכאי המחזיק במבנה להשמיע טענותיו בפני ועדת המשנה לפיקוח של מועצת התכנון העליונה. כאמור לעיל, בעקבות בקשות לדחיית מועד קיום הדיון בוועדה (שנקבע במקור ליום 26.5.09), קבוע עתה הדיון ליום 25.6.09, לאמור לעוד כשבועיים. קיומו של דיון כאמור הינו הכרחי לשם מיצוי זכות הטיעון של המחזיק במבנה שכנגדו ניתן צו הפסקת העבודה, ושכנגדו עתיד להינתן, בכפוף לתוצאות הדיון, צו סופי להריסה.

15. ההלכה הכללית הנשנית בפסיקתו של בית המשפט הנכבד גורסת כי שאלות הנוגעות לסדרי העדיפויות של המשיבים בכל הנוגע לאכיפת דיני התכנון והבנייה, מצויות בתחום שיקול דעתם הרחב של המשיבים.

בית המשפט הנכבד פסק לא אחת, כי כאשר לא מתנערות הרשויות כליל מחובתן לאכוף את החוק, ככלל לא יתערב בית המשפט ברמת האכיפה של חוק זה או אחר; לא כל שכן בסדרי העדיפויות ובלוח הזמנים לאכיפה.

לעניין זה ראו למשל, בג"ץ 6579/99 פילבר נ' ממשלת ישראל, תק-על 399(3), 425, כדלקמן:

"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"

כמו כן, ראו בבג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112, 125, כדלקמן:

"...התפקיד של אכיפת החוק מוטל על הרשויות המוסמכות של המינהל הציבורי, ולא על בית המשפט. בידי הרשויות המוסמכות מופקדים המשאבים הנדרשים לאכיפת החוק. משאבים אלה לעולם אינם מספיקים לצורך אכיפה מלאה של כל החוקים. לכן, שומה על הרשויות המוסמכות לכלכל את צעדי האכיפה במסגרת המשאבים, בהתאם למדיניות אכיפה ולפי סדרי עדיפות המשתנים עם הנסיבות. תפקידו של בית המשפט בתחום זה מוגבל. הוא אינו אמור לבוא במקום הרשות המוסמכת ולקבוע עבודה תכנית פעולה לאכיפת החוק." בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112, 125.

עוד ראו בבג"ץ 1019/06 המועצה האזורית מטה בינימין נ' ממלא מקום ראש הממשלה (אהוד אולמרט), תק-על 2006(1), 1480, כדלקמן:

"אין זה מתפקידו של בית משפט זה להתערב בהחלטות גורמי הביצוע לגבי העיתוי, האמצעים והאופן שבו תמומש הפעולה לאכיפת החוק. תכנית הביצוע היא עניינה של הרשות המבצעת, ואינו אמורים להתערב בה אלא אם נפל בה פגם או ליקוי המצדיק בחינה וביקורת שיפוטית. זה איננו המקרה"

16. במיוחד יפים לענייננו דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בפסק דין שניתן ביום 14.10.07 בבג"ץ 1161/06 ובג"ץ 2115/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון, תק-על 2007(4):

7. "דין העתירות להרחות, וזאת עקב מרחב שיקול הדעת הרחב השמור לרשויות האכיפה בקביעת סדרי עדיפותן בביצוע החוק ויישומו הלכה למעשה.

8. אין חולק על חשיבותם של דיני התכנון והבניה. מאחורי דינים אלו עומדות תכליות חשובות של איכות סביבה, עיצוב המרחב, שימור הקרקע ואינטרסים ארוכי טווח של החברה...

9. המשיבים אינם חולקים על חשיבותם של דינים אלו, והם מכירים בצורך לתת עדיפות ראויה לאכיפתם. יחד עם זאת, הם מצביעים על שיקולים מורכבים הכרוכים בהוצאתם לפועל של דיני התכנון והבניה, שיקולים המחייבים אותם לקבוע סדרי עדיפויות של עיקר מול טפל, ושל חיוני ודחוף לעומת שולי בחשיבותו ובדחיפותו. המבנים הכלולים בעתירות אלה זכו למיקום נמוך יחסית בסדר העדיפות של האכיפה עקב העדר אינטרס ציבורי ייחודי ומיידי בהריסתם מטעמים שונים שהוסברו על ידי המשיבים.

10. הלכה מושרשת היא כי בית המשפט לא יתערב על נקלה בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת באשר לסדרי העדיפות שהיא קובעת לעצמה באכיפת החוק. התערבות בסדרי העדיפות במדיניות אכיפה של רשות מוסמכת עשויה להתרחש מקום בו הוכחה התנערות מלאה או הימנעות בלתי-סבירה מאכיפת החוק, או כאשר סדרי העדיפויות שגיבשה הרשות לצורך האכיפה נגועים בפגם של אי סבירות קיצוני, או בפגם אחר הפוגם בחוקיותם (ראו בג"צ 1555/06 קינג נ' עיריית ירושלים ואח' תק-על 2006(2), 2841, 2843 (2006); בג"צ 1019/06 המועצה האזורית מטה בנימין ואח' נ' ממלא מקום ראש הממשלה, תק-על 2006(1), 1480 (2006); בג"צ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל מכס ומע"מ, תק-על 2000(1) 419 (2000); בג"צ 6579/99 פילבר נ' ממשלת ישראל, תק-על 1999(3), 425 (1999)).

אכיפת החוק היא תפקיד המוטל על הרשויות המוסמכות והן אינן רשאיות להתנער מתפקיד זה; עם זאת, תפקיד זה מחייב לא אחת קביעת סדרי עדיפויות הבנויים על זיקף הצורך ומידת היכולת. בית המשפט לא יתערב בסדרים אלה, אלא אם נפל בהם פגם:

"...התפקיד של אכיפת החוק מוטל על הרשויות המוסמכות של המינהל הציבורי, ולא על בית המשפט. בידי הרשויות המוסמכות מופקדים המשאבים הנדרשים לאכיפת החוק. משאבים אלה לעולם אינם מספיקים לצורך אכיפה מלאה של כל החוקים. לכן שומה על הרשויות המוסמכות לכלכל את צעדי האכיפה במסגרת המשאבים, בהתאם למדיניות אכיפה ולפי סדרי עדיפות המשתנים עם הגסיבות. תפקידו של בית המשפט בתחום זה מוגבל. הוא אינו אמור לבוא במקום הרשות המוסמכת ולקבוע עבודה תכנית פעולה לאכיפת החוק. הוא גם לא יתן הצהרה כללית ומופשטת, כפי שהעותרת מבקשת, שחובה על הרשות המוסמכת לאכוף את החוק. פשיטא שחובה זאת מוטלת על הרשות המוסמכת. היא נובעת מן החוק, ואין צורך, אף אין תועלת, בהצהרה של בית המשפט שהרשות המוסמכת חייבת לקיים את החוק. ...בית המשפט, כרגיל, אינו אמור לבצע אלא לבקר. הוא מבקר אם אין פגם משפטי במעשה או במחדל

של הרשות המוסמכת, כגון פגם של חוסר סבירות
או פגם של שיקולים זרים" (בג"ץ 551/99 שקם
בע"מ נ' מנהל מהכס ומע"מ, פד"י נד(1) 112, 125).

11. בעניינו, המשיבים הצביעו על נתונים ברורים לפיהם מתקיימת
מטעמם פעילות כוללת ורחבה של אכיפת חוקי התכנון והבניה
באזור. פעילות זו מתנהלת על פי סדרי עדיפויות המושפעים
משיקולים שונים שבאינטרס הציבורי. לא שוכנענו כי נפל פגם
בדרך האכיפה המופעלת או בסדרי העדיפויות הננקטים, בין ככלל,
ובין ביישום הפרטני לענין המיבנים נשוא העתירות שלפנינו.
מתשובת המשיבים עולה כי הם שקלו את ענין האחרים הספציפיים
העומדים לדיון כאן לגופם, ובחירתם להעמידם במקום נמוך יחסית
בסדרי העדיפות לענין אכיפה נסמכת על טעמים שיש בהם טעם
וממש.

אשר על כן, דין העתירות להדחות.

[ההדגשות הוספו – ג.ש.]

עוד ראו לעניין זה: בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הביטחון, תק-על
2007(4) 220, 218; בג"ץ 1555/06 קינג נ' עיריית ירושלים, תק-על 2006(2) 2841, 2843;
בג"ץ 1901/94 ח"כ לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4), 403; בג"ץ 11602/04 אבו שהין
נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(2) 1358, 1359; בג"ץ 2389/04 בשאראת נ' המפקד הצבאי
באזור יו"ש, תק-על 2006(4) 3621, 3624.

סיכום

17. הפניית משאבי אכיפה ממוקדים דווקא לטיפול במבנה העומד במרכז של עתירה זו, ולא
לטובת טיפול במבנים אחרים שנבנו שלא כדין, הינה בבחינת התערבות בשיקול דעתו של
רשויות האכיפה, התערבות שאין לה כל בסיס בהלכה הפסוקה. כל זאת, ביחס להתערבות
בשיקול דעתן של רשויות האכיפה בכלל, וביחס להתערבות כאמור במקרים בהם כבר
החלו רשויות האכיפה בקיום הליכי אכיפה, בפרט.

18. לעניין צו-הביניים, ובהמשך לאמור, אין כל מקום לכך שהמשיבים 1-4 יחויבו, כבקשת
העותרים, "לנקוט בכל הפעולות הדרושות כדי למנוע את השמשתו של המבנה נשוא
העתירה ע"י כל אדם וכן לנקוט בכל הפעולות הדרושות כדי למנוע כל פעולת בנייה בו,
ובכלל זה פעולות של בניית המבנה עצמו, פעולות שנועדו לחבר את המבנה לתשתיות, וכן
פעולות של סלילה ו/או פריצת דרכים אל המבנה וממנו".

ראשית, כאמור לעיל, בנייתו של המבנה כבר הושלמה כמעט במלואה בעת הוצאת צו
הפסקת העבודה, ומשכך ספק אם ישנה משמעות מעשית לצו-ביניים שיופנה נגד המשיבים
1-4, בכל הנוגע לדרישה "למנוע כל פעולת בנייה בו".

שנית, לא ברור מהן, לשיטת העותרים, "כל הפעולות הדרושות", בהקשר זה.

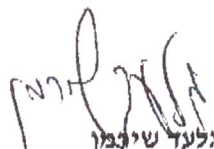
שלישית, המשיבים יטענו, כי בהתחשב בכך שהם פועלים במסגרת סמכויותיהם ביחס למבנה נשוא העתירה, אין מקום לכך שבית המשפט הנכבד יוציא מלפניו צו ביניים, שהינו במהותו **צו עשה**, המופנה אליהם, כמבוקש על ידי העותרים. לעניין זה אף נבקש להפנות להחלטתו של בית המשפט הנכבד מיום 22.3.09 בבג"ץ 2295/09, שנסיבותיו דומות (אם כי לא זהות) לנסיבות המקרה שבפנינו. עוד נבקש להפנות להחלטתה של כב' השופטת ארבל שניתנה לפני זמן קצר ביותר (יום 31.5.09), בבג"ץ 3899/09, שאף נסיבותיו דומות ביותר לענייננו.

צווי הביניים שהתבקשו על-ידי העותרות בעתירות הנ"ל זהים כמעט לצווים המתבקשים על-ידי העותרות דכאן, והחלטתו של בית המשפט הנכבד באותו מקרה מדברת בעד עצמה.

רביעית – ונימוק זה כוחו יפה הן לעניין צו-הביניים המבוקש, והן לעניין העתירה לגופה – ברור, שפעולות אכיפה כאלה ואחרות דורשות השקעת משאבים. הבקשה להפנות, **לא לתור**, משאבי אכיפה כאלה ואחרים דווקא לטיפול במבנה בו עוסקת העתירה, ולא לטובת טיפול במבנים אחרים שנבנו שלא כדין, היא בבחינת התערבות בשיקול דעתן של רשויות האכיפה באשר לסדרי העדיפויות לטיפול. בהתאם להלכה הפסוקה של בית משפט נכבד זה אין מקום להתערבות מעין זו, כאשר המשיבים אינם מתנערים מחובתם לאכוף את דיני התכנון והבנייה.

יחד עם זאת, המשיבים 1-4 אינם מתנגדים למתן צו-ביניים אשר יורה למחזיקים במבנה או מי מטעמם לעצור את המשך פעולות הבנייה במקום ולמנוע כל דיספוזיציה במבנה. לעניין דומה, נבקש להפנות לשתי ההחלטות שזכרו לעיל בבג"ץ 3899/09, ובבג"ץ 2295/09.

19. לנוכח כל האמור לעיל, סבורים המשיבים כי דין העתירה והבקשה לצו-ביניים להידחות.


גלעד שיכמן
סגן לפרקליט המדינה

היום, כ"ב בסיון תשס"ט
14 ביוני 2009