

**מרים חסן עבד אלקרים חמאד ואח'**

על ידי ב"כ עוה"ד שלומי זכריה ואח'

מרח' דוד חכמי 12, תל אביב 6777812 תל-אביב יפו

טלפון: 03-5275273; פקס': 03-5275274

העותרים

נגד

**מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח'**

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טל': 02-6466305; פקס': 02-6467011

המשיבים

### תגובה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת כבוד השופטת ע' ברון מיום 6.1.2019, לארכה שניתנה ולקראת הדיון בעתירה הקבוע ליום 9.12.2019, מתכבדים המשיבים להגיש תגובה מטעמם.
  2. עניינה של העתירה, "צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (עמונה) (יהודה והשומרון) (מס' 1780), התשע"ז-2017" (להלן – **צו התיחום**). העותרים מבקשים כי צו התיחום לא יוחל עליהם או על "אנשים מטעמם", כי ייאכף על אחרים, ולחלופין, כי צו התיחום יבוטל. בנוסף, העותרים מבקשים כי צו התיחום ייאכף כנגד בינוי בלתי חוקי ופלישות לשטח ושמפרי הצו יועמדו לדין.
  3. המשיבים יטענו, בתמצית, כי צו התיחום שב ונבחן לאחרונה על ידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, וזה מצא כי לאור הבינוי הבלתי חוקי שהוצב במהלך השנה האחרונה בשטח המתוחם, ישנו צורך בהותרת הצו על כנו. אשר על כן, דין העתירה ככל שהיא נוגעת לביטולו של צו התיחום, להידחות.
- אשר לבקשת העותרים להיכנס לשטח צו התיחום. בהתאם להוראות הדין, וכפי שהובהר כבר לעותרים בכבר (כעולה מהעתירה עצמה), באפשרות העותרים לפנות בבקשה בעניין זה, והיא תיבחן לגופה. בנסיבות אלו, דין העתירה, בכל הנוגע לבקשת העותרים להיכנס לשטח, להידחות בשל אי מיצוי ההליכים על ידי העותרים.

## רקע עובדתי

4. צו התייחום, מושא העתירה, הוצא מכוח הסמכות המסורה למפקד פיקוד מרכז כמפקד הצבאי של האזור ומכוח סמכותו על פי תחיקת הביטחון. הצו החיל את רוב ההסדרים המצויים בצו צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (צו 1539) (להלן – **צו בדבר מבנים בלתי מורשים**) אולם עומד כחקיקה ראשית בפני עצמו.

5. צו התייחום מפנה בהוראותיו להסדר ולהוראות הקבועות בצו בדבר מבנים בלתי מורשים וקובע כי ייראו בהוראות אלו כחלק מצו התייחום עצמו, בכפוף לשינויים המפורטים בצו התייחום. ראו סעיף 2 לצו התייחום:

”לצורך צו זה, ייראו בהוראות הצו בדבר מבנים בלתי מורשים כחלות, בכפוף לשינויים המפורטים בצו זה”.

הצו בדבר מבנים בלתי מורשים מהווה דבר חקיקה מכוחו ובהתאם לו מוציא המפקד הצבאי הכרזות על שטחים מתוחמים. עם זאת, בניגוד להכרזות התייחום שהוצאו בעבר, צו התייחום מושא העתירה נוסח כמעשה חקיקה ראשית העומד אף ברשות עצמו.

6. הצו בדבר מבנים בלתי מורשים והוראותיו עמדו לביקורת שיפוטית ואושרו בפסקי דין מפורשים שקבעו כי מדובר במעשה מינהלי תקין, העומד במבחני החוקתיות והחוקיות.

לעניין זה, ראו: בג”ץ 548/04 **אמנה תנועת ההתיישבות נ’ מפקד כוחות צה”ל** (פורסם באר”ש, 26.2.2004) (להלן – **עניין אמנה**); דנג”ץ 2309/04 **אייכנשטיין נ’ אריאל שרון, ראש הממשלה** (פורסם באר”ש, 21.3.2004) (להלן – **עניין אייכנשטיין**).

7. ככלל, משמעות הכרזה על שטח מתוחם היא שהחל משמונה ימים לאחר פרסום ההכרזה, חל איסור על כל אדם להיכנס ולשהות בתחום ההכרזה, וכן שיש לפנות בתוך פרק זמן זה כל מבנה או רכוש שנמצא במקום, שאם לא כן, מפקד כוחות צה”ל או מי מטעמו יהא רשאי לפנות רכוש זה.

8. הצו בדבר מבנים בלתי מורשים כולל הוראות ברורות, במסגרתן נקבע כי המפקד הצבאי ונציגיו, מוסמכים לפנות כל רכוש שנותר בשטח המתוחם, עם תום הליכי ההשגה.

9. סעיף 6 לצו הראשי, קובע סייגים לתחולת הוראות סעיפים 4 ו-5 העוסקים באיסורי הכניסה והשהייה ובהוצאת הרכוש, בהתאמה. סעיפים 6(ג) ו-6(ד) לצו הראשי קובעים:

"הוראות סעיפים 4 ו-5 לא יחולו על:

...

(ג) מי ששהייתו בתחום ההכרזה או כניסתו אליו הותרה על ידי מפקד צבאי או מי מטעמו.

(ד) רכוש שהמפקד הצבאי או מי מטעמו התיר, לאחר מועד ההכרזה, את הכנסתו לתחום ההכרזה או את הותרתו בתחום ההכרזה".

10. צו התייחוס כולל אף הוא הוראות המורות על איסור כניסה לשטח המתוחם במפה המצורפת לצו או בניה בשטח זה, ומאפשר סילוק לאלתר של כל בניו או ציוד שיימצאו בו, כל עוד צו התייחוס עומד בתוקפו, בהתאם לסעיף ד2(2) לצו הראשי.

11. על פי הנטען בעתירה, העותרים 1-7, או קרוביהם, היו עותרים בעתירת בג"ץ 9949/08 (להלן – בג"ץ עמונה הראשון) אשר הוגשה ביום 25.11.2008.

12. בבג"ץ עמונה הראשון, ביקשו העותרים את "פינוי המאחז הבלתי חוקי המכונה "עמונה".

13. ביום 25.12.2014 הורה בית המשפט הנכבד, על קבלת העתירה בבג"ץ עמונה הראשון תוך הפיכת הצו על-תנאי שהוצא בה לצו מוחלט. ראו פסקה 18 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' גרוניס:

"לפיכך, אנו מורים על קבלת העתירה והפיכת הצו על תנאי למוחלט. על המשיבים 1-4 לפעול למימוש צווי ההריסה לכל המבנים במתחם היישוב (כפי שהתחייבו לעשות). נוכח הקושי הגלום בביצוע ההריסה, שהרי מרבית המבנים משמשים למגורים, ועל מנת שתהיה אפשרות לבחון חלופות למגורי התושבים, אנו מורים כי הצווים ימומשו תוך שנתיים מיום מתן פסק דין זה. נדגיש, כי אין בהכרעתנו כדי להביע עמדה כלשהי ביחס להליכים השונים המתקיימים בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי, לסעדים המבוקשים שם ולהשלכותיהם (אם יינתנו הסעדים)".

14. כחלק מפינוי מאחז "עמונה", ביום 30.1.2017 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור, על צו התייחוס מושא העתירה. לצו צורפה מפה ובה סומנה סביבות המאחז כ"שטח מתוחם". הצו אוסר על בניה בשטח המתוחם, וכניסה ללא היתר של כל אדם לשטח המתוחם, לרבות בעלי השטח, לתחומי השטח מתוחם.

הצו נחתם מכוח סמכות המפקד הצבאי באזור ומתוקף סמכותו על פי הדין ותחיקת הביטחון משסבר שחיקוקו נחוץ לצורך שמירה על הסדר הציבורי והממשל התקין, ומייד נפרט.

15. צו התייחום נחתם כצו ראשי, אולם החיל בסעיף 2 את רוב ההוראות המצויות הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, באומרו:

"לצורך צו זה, ייראו בהוראות הצו בדבר מבנים בלתי מורשים כחלות, בכפוף לשינויים המפורטים בצו זה".

צו התייחום כולל הוראות המורות על איסור כניסה לשטח המתוחם במפה המצורפת לצו או בניה בשטח זה, ומאפשר סילוק לאלתר של כל בינוי או ציוד שיימצאו בו, כל עוד צו התייחום עומד בתוקפו, בהתאם לסעיף 2 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים.

כאמור, בהתאם לסעיף 6(ג) לצו בדבר מבנים בלתי מורשים, בסמכות המפקד הצבאי להחריג שהייה או כניסה של אנשים מסוים מתחולת צו התייחום.

16. במסגרת היערכות המדינה לביצוע פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ עמונה, עמדה המדינה, שוב ושוב, על הסכנות האפשריות הטמונות בפינוי שלא בהסכמה, והשלכותיהן האפשריות על ביטחון האזור. הנה כך לדוגמה כתבה המדינה בתגובתה לעתירת בג"ץ 794/17, שעסקה במה שכונה "מתווה עמונה":

"בהקשר זה, נדגיש, כי מחוות הדעת של שירות הביטחון הכללי והמטה לביטחון לאומי, אשר הוכנו עובר להגשת הבקשה הראשונה שהגישה המדינה להארכת מועד למימוש פסק הדין, עולה יתרונו המובהק של קידום פתרון הסדרי לפינוי עמונה, ולמצער פתרון שייתכן כי יפחית מאוד את רמת ההתנגדות שתהא כרוכה בפינוי. במסגרת זו, מפורטות בחוות הדעת הסכנות האפשריות הטמונות בפינוי שלא בהסכמה והשלכותיהן האפשריות על ביטחון האזור. עוד יצוין, כי חוות הדעת האמורות מפרטות את הרגישות הנובעת מהמציאות המדינית והביטחונית הנפיצה בעת הזו, ואת החשש מפני הידרדרות מדינית וביטחונית בשל פינוי שאינו בדרך של פתרון הסדרי.

כך, למשל, חוות הדעת מפרטות כי קיים חשש שביצוע הפינוי ללא הסדרה במועד שנקבע, יוביל לביצוע מעשי אלימות ואיבה על ידי גורמים קיצוניים, בין אם כלפי כוחות הביטחון ובין אם כלפי האוכלוסייה הפלסטינית - מעשים אשר עלולים בתורם להוביל לתגובות נגד של גורמים אלימים מקרב האוכלוסייה הפלסטינית. בתוך כך, עולה מחוות הדעת כי קידום חלופה הולמת במסגרת פתרון הסדרי עשוי לצמצם משמעותית את הסיכוי להתפרצויות אלימות ואירועים ביטחוניים משמעותיים".

17. כאמור לעיל, בשים לב לחשש זה בדבר אלימות במהלך מימוש פסק דינו של בית המשפט הנכבד, החליט המפקד הצבאי בהתייעצות עם ראש המנהל האזרחי ובאישור הדרג המדיני, כי מספר ימים טרם למימוש פסק הדין, ייעשה שימוש בסמכותו לפי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, והורה על תיחום אזור המאחז עמונה.
18. צו התיחום נועד להבטיח את האפשרות החוקית לפנות את כלל המבנים, הרכוש, הציוד ויתר הדברים עליהם חל הצו במרחב המאחז, לרבות כאלו שצווי ההריסה שהוצאו וההריסה שנדרשה בפסק הדין, לא חלים לגביהם.
19. בנוסף, נועד הצו למנוע כניסתו של כל אדם לשטח המתוחם, וזו משיקולי סדר ציבורי. הצו מיועד אף למנוע אירועים של השתלטות בלתי מורשת על קרקעות בבעלות פרטית.
20. ביום 4.2.2017 מומש פסק דינו של בית המשפט הנכבד, והמבנים במתחם המאחז עמונה נהרסו. ההריסה בוצעה על ידי כוחות רבים, שהתמודדו עם הפרות סדר אלימות ומתנגדים רבים שהגיעו למאחז.
21. ביום 7.2.2017 הגישו תושבי המאחז המפונה עמונה עתירה לבית משפט נכבד זה - בג"ץ 1250/17 **שפיץ נ' המפקד הצבאי**, ובה עתרו נגד עקירת הגידולים החקלאיים שנותרו בשטח המאחז המפונה מכוח צו התיחום. בגדר הקדמת המאוחר נבקש לציין כי ביום 22.1.2019 נמחקה העתירה בבג"ץ 1250/17 לבקשת העותרים שם.
22. ביום 5.4.2017 פנו העותרים בעתירה שלפנינו למשיב 1 בעניין צו התיחום. ביום 17.5.2017 פנו העותרים בשנית למשיב 1 (נספח 12 לעתירה).
23. ביום 2.7.2017 נתקבלה בידי העותרים תשובת ראש מדור אוכלוסין ביועמ"ש איו"ש (נספח 13 לעתירה). בתשובה נכתב כי מטרת צו התיחום היא "להשליט חוק וסדר במרחב, למנוע הקמת מבנים בלתי חוקיים בו, ולמנוע אירועי חיכוך בהם יכול להיגרם פגיעות בגוף או ברכוש". כמו כן, נכתב כי תוקפו הראשוני של הצו הוא לשנתיים, ותוקפו נבחן מעת לעת.
- לעניין כניסת הישראלים למקום פורט במענה אודות המשאבים המושקעים לצורך מניעת הכניסה לשטח.
- לבסוף, בתשובה נכתב כי במידה והפונים מעוניינים להכנס לשטח, עליהם לפנות בבקשה למת"ק הגזרתי, ולכשתתקבל הבקשה היא "תיבחן על ידי המפקד הצבאי בשים לב למכלול השיקולים הביטחוניים בעת הזו".
24. ביום 23.7.2017 פנו העותרים ליועמ"ש איו"ש ולראש מדור אוכלוסין, בבקשה לקיים פגישה לצורך הבנת המצב לאשורו ובחינת אפשרויות לפתרון המצב (נספח 14 לעתירה).

- ביום 27.9.2017, נתקבלה תשובה על ידי ראש מדור אוכלוסין, שהשיב גם לפנייתם הראשונה של העותרים. במכתב התשובה, פורטו בשנית מטרותיו של צו התיחום, ונכתב כי כל עוד לא יגישו הפונים בקשתם למת"ק הגזרתי לכניסה לשטח, אין טעם בקיום הישיבה המבוקשת.
25. ביום 25.1.2018 פנו העותרים במכתב למשיבים (נספח 7 לעתירה). במכתבם הם מלינים על נוכחותם הרבה של ישראלים בשטח, לטענתם, עת שלעותרים, בעלי הקרקע, אין אפשרות להיכנס לשטח.
26. באותו היום, קיבל ב"כ העותרים שיחת טלפון מנציג יועמ"ש איוש בו נמסר לו כי כניסת ישראלים לשטח אינה מאושרת. עמדה זו אושררה גם במכתב המשיב 1 מיום 29.1.2018 (נספח 8 לעתירה).
27. ביום 16.9.2018 פנו העותרים פעם נוספת למשיב 1 בבקשה כי יבטל את צו התיחום, או לחלופין, לגרוע מתחולתו את בעלי הקרקע (נספח 16 לעתירה). ביום 16.12.2018, פנו העותרים פעם נוספת למשיב 1 (נספח 17 לעתירה). באותו היום, פנו העותרים גם למשיב 2 (נספח 18 לעתירה).
28. להשלמת עניין זה נבקש לציין כי ממועד פינוי המאחז ועד עתה, כוחות הביטחון פועלים למניעת כניסתם של ישראלים לשטח המתוחם במספר דרכים: החטיבה המרחבית בנימין מקצה כוחות צבאיים לביצוע סיורים במקום מידי יום, היא מנהלת תצפית מצולמת על כביש הגישה למאחז, וכן הציבה שער ברזל נעול לשם מניעת כניסה רכובה לשטח דרך כביש הגישה.
29. ביום 16.12.2018 אותרו כ-30 ישראלים ומספר מבני מגורים יבילים – ומבני שירותים שהוצבו מחדש בשטח התיחום, בשני מוקדים שונים, על קרקעות פרטיות.
- נגד כוונת הרשויות לאכיפה נגד הבינוי האמור הוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי - עת"מ 37809-12-18 **חברת אופק נ' שר הביטחון** אשר נדחתה על הסף בשל חוסר סמכות עניינית. עוד באותו היום, הוגשה עתירה לבית המשפט הנכבד, בג"ץ 9235/18 **חברת אופק נ' שר הביטחון**. לאחר שלא ניתן צו ביניים, ולאחר דחיות חוזרות של בקשות העותרים לבחינה מחודשת של נתינת צו ביניים, בוצעו פעולות ביחס לאכיפת הבינוי ביום 3.1.2019 באמצעות כוחות רבים, שנתקלו בהתנגדות אגרסיבית של מתבצרים.
30. באשר לשער הברזל שהוזכר לעיל, נבקש לציין כי זה נפרץ ותוקן מספר פעמים, ונכון למועד זה השער פרוץ, ורכבים יכולים לעבור דרכו. עניין זה נמצא בטיפול החטיבה המרחבית בימים אלה.

עם זאת, לא קיימת אפשרות פרקטית למנוע גישת נכנסים לשטח באופן מוחלט. כך, לדוגמה, ביום 2.8.2019, עלו אזרחים ישראלים לעמונה לפני שבת, שהו שם עם אוהלים, ופוננו מיד אחרי שבת. אזרחים אלו קיבלו זימון למשטרה, נחקרו ושחררו.

31. במקרה נוסף, ביום 3.1.2019 פוננו משטח צו התיחום ישראלים ששהו במקום וכן נערכו פעולות אכיפה ביחס לשלושה מבנים יבילים ורכיבי בינוי נוספים שאותרו בשטח המתוחם.

32. ביום 21.1.2019 חתם מפקד כוחות צה"ל באיו"ש על הארכת תוקפו של צו התיחום בשנתיים נוספות, תוך שהשאיר את איסור הכניסה והשהייה לכל אדם על כנו.

33. לאחרונה, ובמסגרת גיבוש עמדת המדינה לעתירה, בחן מפקד כוחות צה"ל בשנית את הצורך בהשארת איסור הכניסה והשהייה, והחליט כי הצורך עומד בעינו גם עתה.

באותו היום, 3.1.2019, הוגשה העתירה שבנדון.

34. כאמור, ביום 21.1.2019 הוארך תוקפו של צו התיחום בשנתיים נוספות, תוך שהשאיר את איסור הכניסה והשהייה לכל אדם על כנו. כמו כן, לאחרונה, נבחן בשנית הצורך בהשארת איסור הכניסה והשהייה, והוחלט כי הצורך עומד בעינו גם עתה.

35. לשלמות התמונה נבקש לציין כי ביום 4.2.2019 פנה ב"כ העותרים בבג"ץ 1250/17, בבקשה להחריג משטח צו התיחום אדמות המעובדות על ידי ישראלים בהתאם לסעיף 6(ד) לצו בדבר מבנים בלתי מורשים.

ביום 1.5.2019 נשלח מענה לב"כ העותרים, במסגרתו נכתב כי "מפקד האזור בחן את בקשתך אך לא מצא לנכון להיעתר לבקשה להחרגת הגידולים החקלאיים בתחום השטח שהוכרז על ידו כשטח מתוחם".

### עמדת המשיבים

36. כאמור בפתח הדברים, לעמדת המשיבים דינה של העתירה, בכל הנוגע לביטולו של צו התיחום, להידחות.

37. כאמור לעיל, חוקיותו וחוקתיותו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים והשימוש בו, אושרו בפסיקות בית המשפט הנכבד. כך, בית המשפט בעניין אמנה קבע כי ככלל, בסמכות המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי לקבוע, באמצעות צווים, הסדרים שאינם קיימים בדין המקומי, בכדי להשליט סדר ולהתמודד עם תופעות המפרות סדר זה, מקום שלא עולה בידי הדין המקומי להתמודד עימן באופן אפקטיבי.

38. באופן פרטני ביחס לצו בדבר מבנים בלתי מורשים, נקבע, כי כדי לפעול למניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באזור, מתחייבת יצירת הסדר חקיקתי ישיר וכולל אשר ימלא את החסר בדין המקומי, באופן שיאפשר למפקד הצבאי להגשים את התכלית של שמירה על קניין הפרט. ראו פסקה 3 לפסק דינה של כבוד השופטת אי פרוקציה בעניין אמנה:

**”פעולות מפקד האיזור המכוונות למניעת היאחזויות בלתי חוקיות, שחלקן מוקמות על שטחי קרקע בבעלות אוכלוסיה פלשתינאית מקומית, נימנות בגדר סמכויותיו ואחריותו להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים באיזור. פעולות שנועדו לבלום פלישה לקרקעות פרטיות וציבוריות ולמנוע ביצוע בנייה בלתי חוקית בתחומיהן מצויות בתחומי אחריות המפקד הצבאי כאמור. במובן זה, עונה פעולתו של המפקד על דרישות הרישא לתקנה 43 לאמנת האג” [ההדגשה הוספה].**

39. מן הכלל אל הפרט, במקרה שבפנינו, צו התיחום בו עסקינן נועד להקנות למפקד הצבאי ולרשויות האיזור הפועלות מכוחו, כלים יעילים להתמודד עם השתלטות בלתי חוקית על קרקע ולשמור על קניין הפרט, בהתאם להלכה בנושא.

זאת, באמצעות הפסקת הפלישה לקרקע הפרטית באזור המאחז, פלישה הבאה לידי ביטוי בהחזקה בלתי חוקית של מקרקעין פרטיים הרשומים על שם תושבים פלסטינים, באמצעות עיבודים חקלאיים כמו גם הקמת מבנים.

40. כאמור, בהתאם להוראת צו בדבר מבנים בלתי מורשים, תוקפו הראשוני של צו התיחום הוא לשנתיים, קרי עד ליום 31.1.2019.

ביום 21.1.2019 הוארך צו התיחום על ידי המפקד הצבאי בשנתיים נוספות, וזאת בשל העובדה כי בשטח המתוחם נעשו פעולות בינוי בלתי חוקיות באופן חוזר ונשנה במהלך השנתיים האחרונות. פעולות בינוי אלו מדגישות את הצורך בקיומו של צו התיחום החל בשטח, אשר מאפשר לרשויות האיזור לבצע פעולות אכיפה ביחס לרכיבי הבינוי הנבנים במקום מעת לעת.

41. לאחרונה, הוצגו בפני המפקד הצבאי טענות העותרים בעתירה דנן, ולאחר שקילת מכלול הנימוקים בעניינם החליט המפקד הצבאי להשאיר בעת הזאת את צו התיחום על כנו.

הותרת צו התיחום בתוקף היא בעיקרה על מנת לאפשר את המשך פעולות האכיפה ביחס למבנים בלתי חוקיים בשטח.

לעמדתו הביטחונית של מפקד כוחות צה”ל באיו”ש, ביטול איסור הכניסה והשהייה יכול שיגרום לאירועי חיכוך, שיגיעו עד כדי חובה להצבת כוח קבוע במקום.

לצד זאת, ובשים לב לכך שהשטח המתוחם מצוי בסמיכות לשוב עופרה, הרי שלעמדת המפקד הצבאי מתעורר סיכון ביטחוני, מקום בו שהייה איננה מתואמת מראש.

מטעמים אלו, בא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש למסקנה כי בשלב זה יש להותיר את צו התיחום על כנו.

42. באשר לבקשת העותרים להיכנס לשטח, הרי שלעמדת המשיבים, דינה של העתירה לעניין זה להידחות על הסף בשל אי מיצוי הליכים. כאמור, כבר במכתבם הראשון של המשיבים לעותרים, ביום 2.7.2017 הנחו המשיבים את העותרים לפנות למת"ק הגזרתי ולבקש את החרגתם מתחולת צו התיחום.

גם במענה למכתבם של העותרים מיום 27.9.2017 חזרו המשיבים על עמדתם, לפיה על מנת לבחון את בקשת העותרים להכנס לשטח צו התיחום, עליהם להגיש בקשה לגורמים הרלוונטיים.

43. כעולה מהאמור ומבדיקה אצל הגורמים הרלוונטיים, עולה כי לא הוגשה על ידי העותרים כל בקשה מסודרת כי הם יוחרגו מצו התיחום.

לא זו אף זו, בסעיף 5 למכתב העותרים מיום 16.9.2018 נכתב "כפי שכבר הובהר לכם במכתביי הקודמים, מרשיי אינם מעוניינים כי הגעתם לקרקע תהיה תלויה היתר כזה או אחר".

44. כאמור מעלה, ישנם סייגים לתחולת צו בדבר מבנים בלתי מורשים, וביניהם סמכותו של המפקד הצבאי או מי מטעמו להתיר שהייה או כניסה לשטח התחום, אך העותרים בחרו במודע שלא לעשות שימוש בסמכות זו.

המשיבים יוסיפו כי באפשרותם של העותרים, או כל אדם אחר, להגיש גם עתה למפקדת התיאום והקישור בקשה להחרגה בהתאם לסעיף 6(ג) לצו הראשי.

למותר לציין כי המשיבים אינם מחוויים מראש על דעה באשר לסיכוייה של בקשה זאת, ככול שתוגש, ומלוא שיקול הדעת נתון למפקד הצבאי בעניין זה.

45. לעניין דחיית העתירה על הסף בשל אי מיצוי הליכים מתאים, ראו דבריו של כב' השופט א' לוי בבג"ץ 4934/08 מלכית נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2008(2) 4919 (2008):

"טעמו של הכלל [מיצוי הליכים – הח"מ] אינו טכני או פורמאלי. הרעיון הניצב בבסיסו הוא כי הידברות ישירה עם הרשות המוסמכת, עשויה לפתור את המחלוקת בין הצדדים ולייתר את הצורך בהתדיינות בין כתלי בית המשפט. לעיתים תשתכנע הרשות בצדקתו של הפונה אליה. לעיתים ישתכנע הוא בצדקת הרשות. עתירה לערכאות לעולם תהא מוצא אחרון. יתרה מכך, הפנייה לרשות - והתשובה המנומקת המתקבלת בעקבות כך -

מאפשרת בהמשך לבית-המשפט לבחון את שיקול הדעת המנהלי שהופעל, ולקיים ביקורת שיפוטית. אף אין זה ראוי כי בית-המשפט יפעל לפני שניתנה לרשות הזדמנות להפעיל סמכותה ולגבש עמדתה בנושא השנוי במחלוקת.

אשר על כן, יטענו המשיבים כי בחירת העותרים שלא לפנות בבקשה מסודרת לגורם המוסמך לדון בבקשתם, עולה בגדר אי מיצוי הליכים המצדיק את דחיית העתירה על הסף.

46. לעמדת המשיבים, אף אם יש בדרישה שהבעלים יגישו בקשות להיתר לצורך כניסה לקרקע משום פגיעה מסוימת בהם, הרי שמדובר בפגיעה סבירה ומידתית בנסיבות העניין ואין מקום להתערב בה, בהיותה לוקחת בחשבון את המשקל לזכויותיהם הנטענות במקרקעין, לעומת השיקולים הנוספים המנחים את המפקד הצבאי בהחלטתו.

47. אשר לטענות העותרים בדבר פלישות של ישראלים במקום. כמפורט לעיל, בקשת הישראלים להחריג משטח צו התיחום אדמות המעובדות על ידי ישראלים בהתאם לסעיף 6(ד) לצו בדבר מבנים בלתי מורשים, נדחתה על ידי המפקד הצבאי.

אכיפת הדין תיעשה על ידי המפקד הצבאי על פי שיקול דעתו ובהתאם לסדר העדיפויות המסור לו, ואשר כידוע, בית משפט נכבד זה אינו מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בעניין סדר העדיפויות באכיפה.

## סוף דבר

48. עמדת המשיבים היא כי צו התיחום הוצא בסמכות, לתכלית ראויה לצורך שמירה על הסדר הציבורי, והוא נצרך גם כיום.

49. צו התיחום מהווה מעשה חקיקה ראשית ייחודי, שנועד להקנות לרשויות האזור כלים לפעול לפנות את הבינוי הבלתי חוקי והפלישות מקום בו ישנם מקרקעין פרטיים רשומים.

50. הצו נועד לצו למנוע כניסתו של כל אדם לשטח המתוחם, וזאת משיקולי סדר ציבורי וכן על מנת לאפשר לרשויות האזור לבצע פעולות אכיפה ביחס לרכיבי הבינוי הנבנים במקום מעת לעת.

כאמור, לעמדת המשיבים, אף אם יש בדרישה כי הבעלים יגישו בקשות להיתר לצורך כניסה לקרקע משום פגיעה מסוימת בהם, הרי שמדובר בפגיעה סבירה ומידתית בנסיבות העניין ואין מקום להתערב בה. זאת, בהיותה לוקחת בחשבון את המשקל לזכויותיהם הנטענות במקרקעין, לעומת השיקולים הנוספים המנחים את המפקד הצבאי בהחלטתו.

51. סוף דבר, ישובו ויטענו המשיבים כי דינה של העתירה להידחות, תוך חיוב העותרים בהוצאות המשיבים.

52. תגובה זו נתמכת בתצהירו של האלוף נדב פדן, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון.

היום,  
ד' בכסלו תש"פ  
02 בדצמבר 2019

רוני שויקה, עו"ד  
ממונה על ענייני בג"צים (בפועל)  
בפרקליטות המדינה