



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3246/17

בג"ץ 676/17

לפני :
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט מ' מזוז

העותרים בבג"ץ 3246/17 :
1. מוחמד אבו טיר
2. אחמד אבו הדואן
3. עלא עמירה
4. געפר אבו חאמד
5. מחמד אטרש
6. עלי חמאדה
7. אשרף חמוד
8. ראפת שקיר
9. מחמד דבש

העותרים בבג"ץ 676/17 :
1. טארק מוחמד ווחש
2. אסמעיל עבידיה
3. מוחמד אבו טיר

נ ג ד

המשיבים :
1. מפקד כוחות צה"ל
2. יחידת הפיקוח המרכזית של המנהל האזרחי

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ט בשבט התשע"ט (4.2.2019)

בשם העותרים 1-6 ו-8-9
בבג"ץ 3246/17 : עו"ד היתם חטיב

בשם העותר 7 בבג"ץ 3246/17 עו"ד תאופיק דראושה

בשם העותרים בבג"ץ
676/19 : עו"ד סאהר עלי

בשם המשיבים : עו"ד יונתן ברמן

פסק-דין

השופט מ' מזוז:

1. עניינן של שתי העתירות שבפנינו בהודעות שנמסרו לעותרים על כוונה להרוס מבנים, בשלבי בניה שונים, שנבנו על ידם שלא כדין בסמוך לגדר הביטחון במרחב צור באהר, בתחומו של צו צבאי בדבר איסור בניה שחל על המקום. בעתירותיהם מבקשים העותרים כי הצו הצבאי לאיסור בניה יבוטל, ולחלופין - כי המשיבים יימנעו מהריסת המבנים מכוחו.

רקע

2. כידוע, גדר הביטחון ומרחב התפר הוקמו על פי החלטת ממשלה מ- 2002 במטרה "לשפר ולחזק את ההערכות והיכולות המבצעיות במסגרת התמודדות עם הטרור, וכדי לסכל, לשבש ולמנוע חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל". בית משפט זה עמד לא פעם על תכלית גדר הביטחון ומרחב התפר שלצדה -

"מרחב התפר נועד לחסום מעבר של מחבלים מתאבדים ומחבלים אחרים לתחומי מדינת ישראל. על פי תפיסתם של הגורמים הביטחוניים והצבאיים המופקדים על הנושא, יצירת מרחב התפר הינה מרכיב מרכזי בלחימה בטרור שמקורו באזור יהודה ושומרון. אם וככל שלא יהיה במחסום המוקם משום חסימה מוחלטת מפני חדירת מחבלים, הרי תכליתו של המכשול היא לעכב חדירה לישראל לפרק זמן שיאפשר הגעת הכוחות למקום החדירה, וכך ליצור מרחב ביטחון גיאוגרפי שיאפשר לכוחות הלוחמים לבצע מרדף אחר מחבלים בטרם כניסתם לתחומי המדינה" (בג"ץ 8172/02 איברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.10.2002), להלן: ענין איברהים).

3. באזור הנדון, מרחב צור באהר, נועדה גדר הביטחון לחסום חדירה של מפגעים לירושלים מכיוון דרום-מזרח. במקור תוכנן תוואי הגדר באזור זה בסמוך לגבול המוניציפלי של ירושלים, בשטח לא בנוי. ואולם בעקבות עתירה של תושבי הכפר - בה נטען כי התוואי יגרום לפגיעה במרקם החברתי של הכפר ולניתוק של רבים מתושבי הכפר ממשפחותיהם - הוסכם מטעמים הומניטריים על תוואי חלופי שהוצע על ידי ועד הכפר, לפיו הוסטה גדר הביטחון מאות מטרים מזרחה לתוך שטחי A ו-B. להסכמה זו

ניתן תוקף של פסק דין (בג"ץ 9156/03 ג'בור נ' מנהלת קו התפר 30.12.03), להלן: ענין ג'בור). בהתאם לכך נבנתה גדר הביטחון בשנים 2004-2005 בתוואי הנוכחי. בעת בניית גדר הביטחון הבניה בקרבת הגדר ומרחב התפר הייתה מועטה. ואולם, לאחר הקמת הגדר החלה בניה בלתי חוקית באזור שהלכה והתגברה.

4. בשנת 2011, לאחר התגברות פעילות הבניה בסמיכות לגדר הביטחון, הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון את הצו בדבר איסור בניה והפסקתה מס' 11/08/אב (מכשול התפר), התשע"ב-2011, מושא עתירות אלה (להלן: הצו או צו איסור הבניה). הצו הוצא מכוח סמכותו של המפקד הצבאי לפי סעיף 2 לצו בדבר פיקוח על הבניה (יהודה והשומרון) (מס' 393), התש"ל-1970 (להלן: צו הפיקוח על הבניה), שנשמע מאוחר יותר בצו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: צו בדבר הוראת ביטחון). הצו נקבע עד ליום 31.12.2014, אך תוקפו הוארך מעת לעת, לאחרונה - עד ליום 31.12.2019. וזה נוסח הצו:

"בתוקף סמכותי כמפקד כוחות צה"ל באזור, ובהתאם לסעיף 2 לצו בדבר פיקוח על הבניה (יהודה והשומרון) (מס' 393), התש"ל-1970, ויתר סמכויותיי על פי כל דין ותחיקת ביטחון, ובהיותי סבור כי הדבר דרוש לשמירה על ביטחון האזור והסדר הציבורי ולשם קידום הקמת גדר הביטחון במקום, הנני מצווה בזאת לאמור:

1. בצו זה:
 - א. 'המפה' - מפה הנושאת את השם 'צו בדבר איסור בניה והפסקתה (מכשול התפר) מס' 11/08/אב, התשע"ב-2011', החתומה על ידי והמצורפת לצו זה, ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
 - ב. 'מקרקעין' - שטח הקרקע המסומן בכחול והמתוחם בקו שחור על גבי המפה.
2. לא יבנה אדם כל בניה במקרקעין וכל בניה המבוצעת בהם תופסק לאלתר.
3. א. המבקש לבצע בניה במקרקעין רשאי להגיש בקשה להיתר אלי או למפקד צבאי שיוסמך מטעמי לשם כך, באמצעות מנהלת "קשת צבעים" בפיקוד המרכז.
- ב. המפקד הצבאי יהא רשאי להעניק היתר כמבוקש, להתנותו בתנאים או לסרב לתיתו.
4. א. הודעה על חתימת צו זה תובא, ככל הניתן, לידיעתם של בעלי המקרקעין או המחזיקים בהם, באמצעות פרסומה במנהלת התיאום

- והקישור הגזרתית, פרסומה במקרקעין ובכל דרך אחרת שתמצא לנכון.
- ב. העתקים מצו זה יופקדו לעיונו של כל אדם במשרדים הבאים, בשעות העבודה הרגילות...
- ג. ראש המנהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון רשאי לקבוע דרכי פרסום נוספות, מעבר למפורט בסעיף קטן (א).
- ד. העתקים מצו זה ייתלו על גבי לוח המודעות במשרדי מנהלת התיאום והקישור הגזרתית לתקופה של 10 ימים מיום תחילת תוקפו.

5. חרף הוצאת הצו, נמשכו פעולות הבניה במקום. עקב כך, ולנוכח עליה משמעותית בכמות האירועים הביטחוניים וחציית תוואי הגדר באזור הנדון המהווה נקודת תורפה למעבר בלתי חוקי משטחי איו"ש לישראל, החליטו גורמי הביטחון בשנת 2014 להגביר את האכיפה במרחב זה נגד הבניה הבלתי חוקית; זאת מאחר ובניה בסמוך לגדר "נותנת חסות" לחציית הגדר ומקשה על פעילות הפיקוח של כוחות הביטחון לסיכול חציית הגדר. בהמשך לכך גם נתלו הודעות במרחב בדבר קיומו של צו איסור הבנייה, תוך שהובהר בהודעות כי ניתן לפנות לגורמי הביטחון כדי לבקש היתרים חריגים לבניה בשטח מקום שהדבר מוצדק.

6. על רקע האמור, ומשפעולות הבניה לא נפסקו, הוחלט על ידי גורמי הביטחון על נקיטת הליכי אכיפה נגד הבניה הבלתי חוקית מתוך קביעת סדרי עדיפויות, שעיקרם השפעת הבניה - בהתאם לאופי המבנה, גובהו, קרבתו לגדר הביטחון, מיקומו הטופוגרפי והשפעתו על דרכי הגישה והשליטה על הגדר. במסגרת זו הוחלט על הריסה של חלק קטן מהמבנים באזור, הסמוכים ממש לגדר הפרדה. סך הכול הוצאו הודעות על כוונה להרוס 18 מבנים, כאשר ההודעות בנוגע ל- 3 מבנים כבר מומשו בחודש דצמבר 2016, ושאר ההודעות מתייחסות ל- 15 מבנים מושא העתירות דנן - חלקם מצויים בשטח C וחלקם בשטחי A ו-B.

העתירות

7. העתירה בבג"ץ 676/17 –

עתירה זו מופנית נגד הודעות שהוצאו בנוגע ל- 3 מבנים (תיקי בב"ח (בניה בלתי חוקית) ע' 74/15, ע' 75/15 ו- ע' 99/15), המצויים בסמיכות רבה לגדר הביטחון.

ביום 9.11.2015 מסרו גורמי הביטחון הודעות לעותרים בבג"ץ 676/17 בדבר כוונתם להרוס את המבנים. העותרים הגישו השגה למפקד הצבאי. במסגרת השגתם כפרו העותרים בסמכות המשיבים ליתן צו המכוון כנגד ביצוע עבודות בניה בשטחי A ו-B, וטענו כי הצו בדבר הוראות ביטחון אינו חל על המבנים. במענה מפורט בכתב שניתן להשגה ביום 14.11.2016, עמדו המשיבים על שיקולי הביטחון שבבסיס הוצאת צו איסור הבניה, וכן על השיקולים הביטחוניים הקונקרטיים שהובילו להחלטת המשיבים לפעול נגד המבנים הפרטניים מושא העתירה. בין לבין, המשיך חלק מהעותרים בביצוע עבודות בנייה במקרקעין למרות ההודעות שנמסרו, בעקבותיהם ננקטו נגדם הליכי אכיפה ופיקוח נוספים, לרבות תפיסת טובין. ביום 7.12.2016 נערך באופן חריג שימוע פרונטלי בעניינם של העותרים במסגרתו שבו והועלו על ידי העותרים ונציגיהם טענותיהם נגד הצו, וביום 21.12.2016 ערכו המשיבים סיור בשטח במסגרתו בחנו פעם נוספת את השפעתם של המבנים מושא העתירה על שיקולי הביטחון במקום. ביום 12.1.2017 נמסרה לעותרים הודעה בכתב בדבר החלטת המפקד הצבאי בעניינם, הדוחה את השגתם (נספח מש/16).

ביום 19.1.2017 הוגשה העתירה, וביום 20.1.2017 ניתן בעתירה צו ארעי למניעת הריסת המבנים מושא העתירה, "זאת בתנאי שהמצב הקיים בשטח יוקפא הן מבחינת הבניה והן מבחינת אכלוס המבנים". מדו"חות יחידת הפיקוח בעקבות מספר סיורים שנערכו במקום לאחר הגשת העתירה נמצא כי פעולות הבניה במבנים ע' 74/15 ו- ע' 75/15 נמשכים, בניגוד לצו בית המשפט.

8. העתירה בבג"ץ 3246/17 –

עתירה זו מופנית כנגד הודעות שהוצאו ביחס ל-12 מבנים והכשרות בניה (תיקי בב"ח ע' 1/17 - ע' 12/17). המדובר בהכשרות שטח לבניה או במבנים בשלבי בניה שונים המצויים אף הם בסמיכות רבה לגדר הביטחון. ביום 1.1.2017 נמסרו לעותרים הודעות בדבר הכוונה להרוס את המבנים.

ביום 5.1.2017 הוגשה על ידי העותרים עתירה נגד ההודעות. העתירה נדחתה על הסף בשל אי מיצוי הליכים קודם להגשתה, באשר העותרים לא מיצו את זכותם, המצוינת בהודעות, להגיש השגה. אף שחלף המועד שנקצב להגשת השגה ניתנה לעותרים הזדמנות נוספת להגיש השגות עד לתום 15 ימים ממועד מתן פסק הדין, תוך שנקבע כי ככל שתוגש השגה, הצו הארעי שניתן בעתירה ימשיך לעמוד בתוקפו לגבי המבנים

לגביהם הוגשה השגה עד לתום 30 ימים ממועד מתן ההחלטה בהשגה (בג"ץ 199/17 אבו טיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (5.2.2017)). הובהר עם זאת, כי תוקפו של הצו הארעי מותנה בכך שהמצב הקיים בשטח מבחינת הבינוי והאכלוס יישמר.

העותרים הגישו השגה למפקד הצבאי במסגרתה טענו לבטלות צו איסור הבניה, וכן שהבניה אינה חורגת מהיתרי הבניה ומבניה סמוכה באזור, וכי אין בבניה כל סכנה ביטחונית. במקביל המשיכו חלקם בבניה הבלתי חוקית חרף הוראת הצו הארעי שניתן. ביום 3.4.2017 נשלחה לעותרים הודעה מפורטת ומנומקת על דחיית השגתם (מש/20). בהחלטה צוין בין היתר כי לא הוצגו מטעם העותרים כל היתרי בנייה או מסמכים רלבנטיים אחרים מטעם רשויות התכנון או מטעם הרשות הפלסטינית (ביחס למבנים שבאזורי A ו-B), ואף לו היו מובאים - אין בהם כדי לגבור על סמכות המפקד הצבאי על פי סעיף 332 לצו בדבר הוראות ביטחון. כן הובהר הצורך הביטחוני המובהק במניעת בניה בסמוך לגדר וטעמיו. לבסוף צוין כי מדו"חות יחידת הפיקוח, בעקבות חמישה סיורים שנערכו בשטח לאחר פסק הדין בבג"ץ 199/17 הנזכר לעיל, עולה כי ב- 4 מהמבנים (ע' 6/17, ע' 7/17, ע' 8/17 ו- ע' 10/17) נמשכו עבודות הבניה גם לאחר פסק הדין בעתירתם, בניגוד להחלטת בית המשפט. על יסוד כל אלה נדחו השגות העותרים.

בעקבות החלטה זו הוגשה העתירה הנוכחית (בג"ץ 3246/17). גם בעתירה זו ניתן צו ארעי האוסר על הריסת המבנים, וזאת בתנאי שהמצב הקיים בשטח יוקפא מבחינת בינוי ואכלוס. יצוין כי גם לאחר הגשת העתירה, נמצא שהעותרים המשיכו בכיצוע עבודות בשניים מהמבנים (ע' 8/17 ו- ע' 9/17).

9. בשתי העתירות טוענים העותרים כי יש להורות על ביטולו של צו איסור הבניה, וכן - בנוסף ולחלופין - על ביטולן של הודעות בדבר כוונה להרוס את המבנים מושא שתי העתירות. נטען כי הצו הוצא בחוסר סמכות משום שחלקו חל על שטחי A ו-B שהסמכות לגביהם מסורה לרשות הפלסטינית לפי הסכם הביניים שבין ישראל לפלסטינים, וכן כי הוא אינו מאזן כראוי בין צרכי התושבים וזכויותיהם לבין האינטרס הביטחוני - ומכאן שגם צווי ההריסה שהוצאו מכוחו של צו זה דינם להתבטל. נטען כי אין הצדקה לקביעת מרחב גדול בין הגדר לבין השטח המותר בבניה, וכי הצו חל גם על בניה שלא על תוואי הגדר ממש ואף לא על כביש הפטרול הסמוך לה. ובאשר להפעלת הצו, נטען כי ניתן היה לבחון חלופות אחרות זולת הריסת המבנים, כמו שינוי מרכיבי הגדר, התקנת אמצעים טכנולוגיים, הגברת סיורים ועוד.

בנוסף, טענו העותרים כי הם רכשו את זכויותיהם במקרקעין עוד לפני שהוצא הצו בשנת 2011, וכי למעט העותר 1 בבג"ץ 3246/17 שפעל בהתאם לצו וביקש היתר מהמפקד הצבאי ובקשתו נדחתה, העותרים לא ידעו כלל על קיומו של הצו ופעלו במרחב בהסתמך על כך שהבניה נעשת בשטחים בהם לישראל אין סמכות תכנונית. עוד נטען בהקשר זה, כי העובדה שהצו פורסם והופקד במשרד המת"ק (מנהלת התיאום והקישור) אין בה די, שכן העותרים הם תושבי קבע בישראל ואין להם גישה למשרדים אלה. כך גם בנוגע לתליית המודעות על גדר הביטחון, אזור שאסור לעותרים להתקרב אליו. העותרים בבג"ץ 3246/17 הוסיפו וטענו כי צווי ההריסה הוצאו מבלי שניתנה להם כל זכות טיעון, ואילו העותרים בבג"ץ 676/17 טענו כי השימוע בעניינם נעשה למראית עין בלבד.

10. בתגובות המקדמיות מטעם המשיבים שהוגשו לשתי העתירות נטען כי דין העתירות להידחות על הסף. ראשית, נטען כי דין העתירות להידחות על הסף בשל עשיית דין עצמית וחוסר ניקיון כפיים, זאת מאחר שלמרות ההודעות שנמסרו לעותרים וחרף קיומם של צווים של בית המשפט האוסרים על שינוי המצב ביחס למבנים, המשיכו העותרים בעבודות בניה שונות בחלק מהמבנים (ב- 7 מתוך 15 המבנים). שנית, נטען כי טענות העותרים כנגד תוקפו של צו איסור הבניה דינן להידחות על הסף מחמת שיהוי כבד. בהקשר זה נטען כי הצו הוצא ביום 8.12.2011 ופורסם כדין במשרדי המת"ק ובשטח, וכי לעותרים היתה גישה למקומות בהם פורסם הצו. עוד נטען דבר קיומו של הצו היה ידוע לעותר 1 בבג"ץ 3246/17, הוא גם העותר 3 בבג"ץ 676/17 (מוחמד אבו טיר), כפי שאף נכתב בעתירה, ויש בכך כדי ללמד כי לא מדובר בצו בלתי מוכר.

גם לגופו של עניין נטען כי דין הטענות כנגד תוקפו של הצו להידחות. נטען כי הן בצו הפיקוח על הבניה והן בצו בדבר הוראת ביטחון ניתנה למפקד הצבאי הסמכות לאסור בניה אם הדבר דרוש לצורכי ביטחון או מטעמים של סדר ציבורי, וכי הדבר עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי המיושם הלכה למעשה בשטחי האזור. בהקשר זה הודגש כי סמכות זו של המפקד הצבאי אינה מוגבלת לשטחי C בלבד, שכן מדובר בסמכות ביטחונית אשר לפי הסכם הביניים נותרה בידי ישראל גם ביחס לשטחי A ו-B. אשר למישור שיקול הדעת, נטען כי ההחלטה להוציא את צו איסור הבניה במרחב הספציפי היא סבירה ומתחייבת ואין עילה להתערב בה. הודגש כי עמדת גורמי הביטחון היא כי על מנת לשמור על האפקטיביות של הגדר ולממש את התכלית הביטחונית שלשמה היא הוקמה, נדרש מרחב חיצן פתוח בין הגדר לבין האזור המבונה על מנת לאפשר לצבא חופש תנועה ולמנוע פגיעה במרכיבי הביטחון של גדר הביטחון. הודגש כי לעמדת גורמי הביטחון לא ניתן להסתפק באמצעים חלופיים כגון אלה שהציעו

העותרים. זאת ועוד, נטען כי צו איסור הבניה אף לא קבע איסור בניה מוחלט, וקיימת אפשרות לפנות למפקד הצבאי בבקשה להיתר חריג במקרה מתאים.

לבסוף נטען כי לא נפל פגם בהחלטות הספציפיות להפעלת הצו ביחס למבנים מושא שתי העתירות, שכן מדובר במבנים או בהכשרות שטח לבניה המצויים בסמיכות רבה לגדר הביטחון; כאשר לאף אחד מהמבנים לא ניתן היתר (לגבי כולם למעט אחד אף לא התבקש היתר), והחלטה לגבי המבנים הספציפיים נשענה על פרמטרים רלבנטיים לצורך מימוש האינטרס הביטחוני, כגון אופי המבנה, קרבתו לגדר הביטחון, גובהו, שליטתו על דרך הפטרול וכיו"ב.

הדיונים בעתירות

11. בעתירות אלה התקיימו ארבעה דיונים בפני הרכב. בדיון שהתקיים ביום 29.10.2017 לפני המותב שדן בעתירה בבג"ץ 3246/17, שבו הצדדים על עיקרי טענותיהם דלעיל. במהלך הדיון התחדדה השאלה, מהו מספר המבנים הכולל שנבנו בשטח עליו חל הצו ומהי מדיניות המשיבים באשר להפעלת הצו בנוגע למבנים נוספים בתחום איסור הבניה במרחב צור באהר. המשיבים נתבקשו להגיש הודעה משלימה לענין זה.

12. בהודעה המשלימה שהגישו המשיבים נמסר כי בתחומי הצו קיימים כיום 231 מבנים, מהם 97 הכשרות בניה ומבנים שנבנו לאחר מועד הוצאת הצו ב-2011. לגבי המבנים שנבנו קודם להוצאת הצו הובהר כי הצו לא חל עליהם וממילא הוא לא יופעל לגביהם, ככל שלא יבוצעו תוספות בניה למבנים אלה. אשר ל-97 הכשרות בניה והמבנים שניבנו לאחר חקיקת הצו, מבין אלה הוחלט לאחר בחינה קפדנית על הליכי הריסה נגד 18 מבנים בלבד, המצויים בסמיכות רבה לגדר ואשר לפי אמות המידה שצוינו לעיל (אופי המבנה, קרבתו לגדר הביטחון, גובהו, שליטתו על דרך הפטרול וכיו"ב) מתחייבת הריסתם מטעמי ביטחון. כן צוין כי בהתאם למדיניות האכיפה העדכנית הצו יופעל לגבי בניה קיימת רק נגד בניה בעלת מאפיינים דומים לאלה מושא העתירות דנן. עם זאת, אין בכך כדי למנוע נקיטת הליכים תכנוניים מכוח דיני התכנון והבניה לגבי מבנים המצויים בשטחי C שניבנו ללא היתר. אשר לבניה חדשה בתחומי צו איסור הבניה, שומר לעצמו המפקד הצבאי את הזכות להחליט על הפעלת הצו נגדה.

13. ביום 28.2.2018 התקיים דיון בפני הרכב בעתירה בבג"ץ 676/17. בדיון נטען בין היתר על ידי המשיבים כי העותרים 2-3 הפרו את צו בית המשפט להקפאת הבנייה. לענין העתירה לגופה הודגש כי פעולות האכיפה מתמקדות במספר מוגבל בלבד של מבנים ש"נבחרו בפניצטה", על פי שיקולים ביטחוניים. כן צוין כי לעותרים נערך שימוע הן בכתב והן בעל-פה וטענותיהם נבחנו בקפידה. נטען כי שלושת המבנים מושא עתירה זו נמצאים בסמיכות רבה לגדר הביטחון, בנקודות גבוהות השולטות על הגדר. לבסוף הודגש, כי מאז הקמת הגדר חלה עליה דרסטית בפעילות הבניה בסמוך לגדר, וכן עליה משמעותית באירועים הביטחוניים במרחב צור באהר המהווה נקודת תורפה ביטחונית למעבר בלתי חוקי משטחי איו"ש לישראל, וכי בניה צפופה במקום מאפשרת מעבר בלתי חוקי של מפגעים ושב"חים ומקשה על הפיקוח על פעילות זו.

בתום הדיון ניתנה החלטה כי העותרים יגישו הצעותיהם לחלופות מתונות יותר להריסת שלושת המבנים מושא העתירה, והמשיבים יבחנו את ההצעות ויגישו תגובתם.

14. לאחר מיצוי ההליך האמור, שלא הוביל לשינוי בעמדת המשיבים, התקיים ביום 9.7.2018 דיון מאוחד בשתי העתירות, בסיומו ניתן צו על תנאי בשתי העתירות כדלקמן:

1. א. מדוע לא ייקבע כי המשיבים אינם רשאים להסתמך על הצו בדבר איסור בניה והפסקתה 08/11/11 אב (מכשול התפר), התשע"ב-2011 (להלן: הצו או צו איסור הבניה), והצווים להארכת תוקפו, בשל העדר פרסום הצו והצווים להארכת תוקפו, כנדרש בסעיף 4 לצו;
 ב. מדוע לא ייקבע כי המשיבים אינם רשאים להסתמך על הצו לאחר שלא פעלו לאכיפתו משך מספר שנים;

2. מדוע לא יפעיל המשיב 1 את סמכותו לפי סעיף 3(ב) לצו להעניק לעותרים או למי מהם היתר חריג לבניה מושא העתירה, בסייגים ובתנאים שייקבעו, בהתאם לבקשות שהוגשו מטעם העותרים וההצעות שבבקשות לאמצעים חלופיים, וזאת בהתייחס לנתונים הבאים, ביחס לכל עותר ולכל מבנה בנפרד:

א. המרחק מהגדר;
 ב. גובה המבנה ומיקומו הטופוגרפי יחסית למפלס המכשול;
 ג. שלב הבניה בו היה מצוי המבנה בעת מסירת ההודעות לעותרים על כוונה להרוס את המבנים;

- ד. מיקומו של המבנה - באזור C או באזורי A ו-B וקיומו של היתר או אישור לבניה על ידי רש"פ.
ה. אינדיקציות לידיעה בפועל של העותרים או מי מהם באשר לאיסור הבניה על-פי הצו".

15. ביום 16.8.2018 הגישו המשיבים את תגובתם לצו-על-תנאי בתצהיר של אל"מ עופר הינדי, המשמש כראש מנהלת "קשת צבעים" בפיקוד מרכז. במסגרת תצהיר התשובה נפרסה באופן נרחב ומפורט עמדת המשיבים, לרבות הרקע לחקיקת הצו, השיקולים שביסודו, ההליכים שננקטו בנוגע לעותרים, וכן נתונים מפורטים בנוגע לכל אחד מהמבנים תוך התייחסות לבקשות העותרים להחרגה מלאה או חלקית של הצו לגביהם בהתאם לפרמטרים שנקבעו בצו-על-תנאי. במסגרת זו הודיעו המשיבים על נכונותם למתן הקלות ביחס ל- 6 מהמבנים מושא העתירות באופן שיאפשר להותיר מבנים אלה, בתנאים ובסייגים שנקבעו. המבנים לגביהם הוחלט לאשר הקלות, וההקלות שאושרו הן כדלקמן:

- בב"ח 6/17 - מבנה בן 4 קומות, בו בוצעו עבודות גם לאחר הודעת ההריסה. הוחלט לאשר להותיר את שתי הקומות התחתונות;
- בב"ח 7/17 - מבנה בן 3 קומות, שחלקו נבנה לאחר מסירת הודעת ההריסה. הוחלט להגביל את ההריסה רק לקומה העליונה ולהותיר את שאר המבנה;
- בב"ח 8/17 - מבנה בן קומת מרתף בלבד. הוחלט לאשר להותיר את הבניה הקיימת וכן להוסיף בניה של קומה אחת נוספת;
- בב"ח 10/17 - מבנה בן 3 קומות. הוחלט לאשר הותרת המבנה כפי שהוא.
- בב"ח 12/17 - כיום בנויה הקומה הראשונה עם הכנה לקומה נוספת (עמודים). הוחלט לאשר הותרת הקומה שנבנתה תוך הריסת ההכנה לקומה השנייה;
- בב"ח 75/15 - שלד מבנה של קומת מרתף ושתי קומות מעליו בעת מסירת ההודעה על ההריסה. לאחר הודעת ההריסה נמשכה העבודה במבנה זה בניגוד לצו בית המשפט ונוסף שלד ל- 5 קומות נוספות וכן חופו 3 הקומות התחתונות. למרות האמור אושרה הותרת 2 קומות - קומת המרתף וקומת הקרקע - תוך הריסת שלד הקומות שמעליהן.

בנוגע ליתר המבנים, נמסר כי גם לאחר בחינה נוספת נמצא כי לא ניתן לאשר את הבינוי במקום מטעמים שפורטו. צוין בין היתר כי לגבי שלושה מהם מדובר בהכשרות שטח בלבד שטרם בוצעה בהם בנייה (בב"ח 1/17, בב"ח 2/17 ובב"ח 11/17), ואילו השישה

האחרים הם מבנים המצויים בשלבי בניה שונים ואינם מאוכלסים: בב"ח 3/12 - מבנה בן שתי קומות אשר נבנה על שטח צו התפיסה שבחזקת המדינה; בב"ח 4/17 - מבנה בן שתי קומות המצוי בקרבה יתרה לגדר; בב"ח 5/17 - מבנה של דיר לבעלי חיים המצוי כ- 9 מ' בלבד מהגדר; בב"ח 9/17 - מבנה שלד בן שתי קומות השולט על הגדר בו בוצעו הפרות רבות של צווי בית המשפט; בב"ח 74/15 - מבנה בן שתי קומות במרחק 10 מ' בלבד מהגדר בו בוצעו עבודות רבות לאחר הודעת ההריסה ובניגוד לצו בית המשפט; ובב"ח 99/15 - שלד בן 4 קומות, קרוב לגדר, גבוה ושולט עליה.

16. בהתייחס לשאלת פרסום הצו, נמסר כי הצו המקורי ושני הצווים המאריכים פורסמו במת"ק הגזרתי וכן במקרקעין עצמם, וצוינו מספר נתונים נוספים אשר רלבנטיים לשאלת מודעות העותרים לקיום הצו, בפועל או בכוח. כך למשל, ביחס לבינוי המצוי בשטח C, צוין כי במסגרת הליכי הרישוי, ככל שהייתה נעשית פניה לרשויות התכנון היה נמסר לפונים כי השטח מצוי בתחום איסור בניה, אשר לבינוי המצוי בשטחי A ו-B נמסר כי גופי הרישוי ברש"פ מודעים גם הם לקיומו של צו איסור הבניה. כמו כן, צוין כי בנובמבר 2015 חולקו הודעות על כוונה להריסה לפי הצו ביחס לשישה מבנים בגזרה, מתוכם שלושה נהרסו בפועל בחודש דצמבר 2016, והיתר הם התיקים מושא בג"ץ 676/17. כן נטען, כי אין זה מדויק לומר שלא ננקטו פעולות לאכיפת איסור הבניה ממועד התקנת הצו בשנת 2011 ועד להודעות ההריסה מושא העתירות. צוין כי בשנת 2012 נפתח תיק בב"ח בנוגע לבינוי של העותר 1 בבג"ץ 3246/17, אשר נשען בין היתר על קיומו של צו איסור בניה במקום. בשנת 2014 עם התגברות הבניה באזור החלה עבודת מטה ביחס לאופן הפעלת הסמכויות מכוח הצו בנוגע לבינוי המצוי בשטחי A ו-B, ובסיומה, לאחר גיבוש חוות דעת משפטית וברירה קפדנית של המבנים מהם נשקף סיכון המצדיק את תיעדופם לביצוע ההריסה מקרב כלל המבנים הבלתי חוקיים במרחב, ננקטו ההליכים מושא בג"ץ 676/17 (בחודש נובמבר 2015) ובהמשך גם ההליכים מושא בג"ץ 3246/17. המשיבים הדגישו כי מדובר בחידוד של מדיניות האכיפה, אשר נגזרת מסדרי עדיפויות ומריבוי המשימות המוטלות על כתפי גורמי הפיקוח והאכיפה. וזאת, כפועל יוצא של התגברות הבנייה הצפופה בסמוך לגדר והסיכון הביטחוני שנשקף ממנה.

אשר על כן ביקשו המשיבים לדחות את העתירות, בכפוף להקלות שאושרו כמפורט לעיל.

17. ביום 4.2.2019 התקיים בפנינו דיון מאוחד נוסף בעתירות. בא כוח המשיבים חזר על עיקרי עמדת המשיבים כפי שפורטה בתצהיר התשובה מטעמם. לדעת המשיבים,

בהחלטות להקלות לגבי שישה מהמבנים, עליהם הוחלט לאחר מתן הצו על תנאי, יש כדי לאזן באופן ראוי ומידתי בין כלל השיקולים הצריכים לעניין. לענין זה הודגש בין היתר כי כל אחד מהמבנים מושא העתירות נבחן לגופו לפי אמות המידה שנקבעו בצו על תנאי שניתן, וכי הפרות של צווי בית המשפט לא היו באף מקרה נימוק יחיד ובלעדי לדחיית הבקשה להקלה. כן הודגש, כי העיכוב באכיפת הצו נלקח אף הוא בחשבון בהחלטות שהתקבלו ובמדיניות האכיפה שנקבעה.

בא כוח העותרים בבג"ץ 676/17 חלק על עמדת המשיבים וטען כי היא אינה מאזנת כראוי בין השיקולים השונים. בהמשך לכך, ביקש להדגיש כי מבין 3 המבנים מושא העתירה, רק לגבי מבנה אחד (בב"ח 75/15) אושרה חלופת הריסה חלקית, למרות שלפי חוות הדעת מטעם העותרים, ניתן לבצע חלופות מידתיות יותר גם לגבי המבנים האחרים. בא כוח העותרים בבג"ץ 3246/17 חזר על הטענות בנוגע לפרסום הצו, והדגיש כי המשיבים לא הביאו את דבר הוצאתו לידיעתם של בעלי הזכויות בשטח באופן קונקרטי אלא אך הסתפקו בפרסום כללי במת"ק ובשלטים על הגדר. עוד נטען, כי היה מקום לקבל את החלופות שהציעו העותרים, דוגמת התקנת מצלמות והגבהת הגדר, כתחליף להריסת המבנים.

דיון והכרעה

18. לאחר עיון במכלול הטענות וההליכים בעתירות אלה, ולאחר מיצוי הבחינה הנוספת על ידי המשיבים לפי החלטתנו ובחינת תוצריה, הגענו לכלל מסקנה כי אין מנוס מדחיית העתירות, בכפוף להקלות הממשיות עליהן החליטו המשיבים הנוגע לשישה מהמבנים.

19. במוקד העתירות עומדים כאמור מבנים שבנו העותרים בסמוך לגדר הביטחון ומרחב התפר לצדה, בתחומו של צו צבאי המורה על איסור בנייה במקרקעין אלה. אחד המבנים אף הוקם בתחומו של צו התפיסה של גדר הביטחון, בשטח שבחזקת המשיבים.

20. צו איסור הבנייה הוצא כאמור בשנת 2011 על רקע המגמה של התגברות הבנייה בסמיכות למכשול קו התפר, באופן העלול לפגוע באפקטיביות של גדר הביטחון ומימוש תכליותיה.

אין צורך להכביר מילים אודות חשיבות אפקטיביות הגדר כמרכיב מרכזי בלחימתה של ישראל בטרור הפלסטיני. הגדר הוקמה על רקע הצורך האקוטי בהפסקת מעשי הטרור הקשים שידעה ישראל באינתיפאדה השנייה, לאחר שצעדים ביטחוניים בעלי דרגות חומרה שונות לא נתנו מענה מספיק לצורך המידי בהפסקת הפיגועים בתוככי ישראל. גדר הביטחון נועדה לשבש ולמנוע מעבר של מחבלים מתאבדים ומחבלים אחרים מתחומי יהודה ושומרון לתחומי המדינה, ולסייע במניעת הכנסת אמל"ח ותשתיות טרור לתחומה (להרחבה אודות הרקע להקמת גדר הביטחון, ראו: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (30.6.2004) (להלן: פרשת בית סוריק) וכן ענין איברהים הנזכר כבר לעיל). אף ככל שאין בהקמתה כדי לחסום באופן מוחלט חדירת מחבלים, אין ספק באשר לחיוניותה למניעת פיגועי טרור בישראל. האפקטיביות הביטחונית של גדר הביטחון הוכחה על ידי ירידה דרסטית בכמות ואיכות הפיגועים בהשוואה בין התקופה שקדמה להקמת הגדר לתקופה שלאחר הקמתה (לנתונים אודות יעילותה הביטחונית של גדר הביטחון ראו למשל: בג"ץ 7957/04 מדאעבה נ' ראש ממשלת ישראל (15.9.2005), בפסקה 100 (להלן: פרשת אלפי מנשה). וכן ראו סקירת שב"כ "סיכום 4 שנות עימות - נתונים ומגמות בטרור, 2004" (<http://goo.gl/cj1Ihk>) וסקירת שב"כ "ניתוח מאפייני הפיגועים בעשור האחרון: 2009-2000" (<http://goo.gl/iGKf7n>)).

21. כבר נפסק כי ביסודה של הקמת גדר הביטחון עומד צורך ביטחוני, ומשכך בסמכותו של המפקד הצבאי להורות על הקמתה וכן על תפיסת מקרקעין הדרושים לשם כך "ובלבד שהדבר נדרש על פי צרכים צבאיים" (פרשת בית סוריק, עמ' 830-832; פרשת אלפי-מנשה, בפסקאות 100-101; בג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, בפסקה 34 (4.9.2007); בג"ץ 3937/07 עיריית בית סאחור נ' ראש הממשלה, בפסקה 10 (4.1.2010) (להלן: פרשת בית סאחור); ובג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל, בפסקה 16 (5.4.2011)).

22. צורך ביטחוני זה עומד אף ביסוד צו איסור הבנייה בסמוך לגדר הביטחון, שנועד לאפשר את מימוש תכליות הקמת הגדר ולמנוע את סיכולן או פגיעה בהן. כפי שהובהר על ידי המשיבים, המשך בניה ללא אישור בצמוד לגדר הביטחון מגביל את חופש הפעולה המבצעי בסמוך לגדר ומגביר את החיכוך עם האוכלוסייה המקומית. בניה כזו עלולה להוות גם מסתור למפגעים או לשוהים בלתי חוקיים בתוך אוכלוסייה אזרחית לא מעורבת, ולאפשר לפעילי טרור לבצע הברחות אמל"ח ואף כניסה משטחי האזור לשטחי ישראל. מקובלת עלינו לפיכך עמדת גורמי הביטחון לפיה בנייה נרחבת לאורך הגדר פוגעת באופן ממשי באפקטיביות הביטחונית של המכשול, תוך סיכון של חיי

אזרחים ושל כוחות הביטחון, וכי קיים צורך צבאי-ביטחוני בהגבלת הבנייה בסמוך לגדר כדי למנוע סיכון זה (השוו: פרשת בית טאחור, בפסקה 11; בג"ץ 6193/05 ועד תושבי ראס חמיס נ' הרשות המוסמכת עפ"י חוק להסדר תפיסת מקרקעים, בפסקה 19 (25.11.2008); בג"ץ 5256/11 אבו דהים נ' שר הביטחון, בפסקה 26 (2.9.2015) (להלן: ענין אבו דהים)).

23. נציין כי בתצהיר התשובה מטעם המשיבים נמסר כי באזור מושא העתירות חלה בשנים האחרונות עלייה ניכרת באירועי הפרות סדר ומעבר בלתי חוקי של תושבי האזור לישראל, ביניהם מפגעים שביצעו מעשי טרור בעורף המדינה. כך, לפי הנתונים שנמסרו, בשנת 2016 היו למעלה מ-170 אירועים ביטחוניים בסמוך לגדר הביטחון במרחב הנדון, כולל חדירות של מפגעים שביצעו מעשי טרור בשטחי המדינה. כן צוין כי במהלך השנים 2017-2018 התרחשו באזור זה מאות אירועים ביטחוניים חריגים ואלפי אירועי שב"חיים (כניסה או ניסיון כניסה של שוהים בלתי חוקיים).

24. עוד ראוי ליתן את הדעת בענייננו לכך, כפי שכבר נזכר בראשית הדברים לעיל, כי בית משפט זה נדרש בעבר לתוואי הגדר באזור מושא העתירות, וכי לבקשת התושבים התוואי של הגדר הוסט לתוך שטחי A ו-B כדי למנוע פגיעה במרקם החברתי של הכפר, למרות קשיים ואילוצים ביטחוניים ואחרים שהיו כרוכים בכך, והסיכום לענין זה קיבל תוקף של פסק-דין (ענין ג'בור).

בעת הקמת הגדר בתוואי המתוקן כאמור הייתה באזור זה בניה מועטה בלבד, כאשר השטח עליו חל איסור הבניה מושא העתירות היה ברובו המכריע שטח פתוח. בהקשר זה, ביקשו המשיבים להדגיש, כי תוואי הגדר עוצב בעת תכנונו גם בהתחשב בבנייה הקיימת, ועל סמך הנחה שלא תתווסף בניה נוספת כלשהי, לא כל שכן בנייה שאינה מאושרת.

25. זה המקום להבהיר, כי סמכותו של המפקד הצבאי להפעיל את סמכויותיו מטעמי ביטחון, לרבות הטלת הגבלות בניה הנגזרות מצרכים צבאיים-ביטחוניים, אינה מוגבלת לשטחי C בלבד, והיא חלה אף בשטחי A ו-B בהם הועברו סמכויות אזרחיות, לרבות סמכויות בתחום התכנון והבניה, לרשות הפלסטינית. אציין כי בהתאם להסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה – "ישראל תמשיך לשאת באחריות לביטחון חוץ, וכן באחריות לביטחון הכולל של ישראלים לשם הבטחת בטחון הפנים והסדר הציבורי שלהם" (ראו סעיפים X ו-XIII להסכם. וראו גם סעיף 6 למנשר בדבר יישום הסכם הביניים

(יהודה והשומרון) (מס' 7), תשנ"ו-1995). לפיכך, כל בינוי שנעשה בניגוד לצו איסור הבנייה, גם בשטחי A ו-B, הינו בינוי בלתי חוקי, וברי כי אין בקיומו של היתר "אזרחי" מטעם רשויות התכנון הפלסטיניות, ככל שניתן, כדי לגרוע מסמכותו של המפקד הצבאי בעניין (ראו גם עניין אבו דהים, בפסקה 24).

26. אשר לטענת העותרים כי צו איסור הבניה לא פורסם כנדרש. סעיף 4 לצו מורה כי "הודעה על חתימת הצו תובא, ככל הניתן, לידיעתם של בעלי המקרקעין או המחזיקים בהם, באמצעות פרסומה במנהלת התיאום הגזרתית, פרסומה במקרקעין ובכל דרך אחרת שתמצא לנכון", וכי העתקים מהצו יופקדו לעיונו של כל אדם במשרדים שצוינו בצו.

לאחר שמיעת הצדדים ועיון בחומרים שלפנינו, שוכנענו כי הן הצו המקורי והן הצווים שהאריכו את תוקפו פורסמו בהתאם להוראות הצו, וכי העותרים ידעו או לכל הפחות היה בידם לדעת על קיומם. לתצהיר התשובה מטעם המשיבים צורפו מסמכים המצביעים על פרסומו של הצו המקורי ביום 2.1.2012 בדרך של פרסום בחלונות קבלת הקהל בנציגויות א-ראם ואבו דיס ומסירתם לקישור הפלסטיני, ועל הצבתם בשטח מושא הצו. כמו כן, פורטו הפעולות שבוצעו לפרסום צווי הארכת תוקפו של צו איסור הבניה בחודש נובמבר 2014 ובחודשים ינואר ופברואר 2017, ובכלל זאת תליית הצווים בחלונות קבלת הקהל בקלנדיה ובאבו דיס ובמעבר הזיתים הנמצא בשטח שעליו חל הצו, מסירתם למת"ק עוטף ירושלים לצד הסבר מפורט אודות שימור המצב הקיים הנוגע לאיסור הבנייה, פרסום הצווים בשטח בהתאם למיקומם הטריטוריאלי ופרסומן של הודעות על סיוור בעלים בשטח. כן צורפו תמונות הממחישות חלק מפעולות אלו. אף שדי באמור כדי לקבוע כי הצווים פורסמו כנדרש, נעיר כי יש טעם בטענת המשיבים כי מודעותם של העותרים לקיום הצווים עשויה להילמד גם מנתונים שונים, ובכללם המעבר המתחייב בגופי הרישוי ברשות הפלסטינית לצורך קבלת אישורי בניה והיתרים, כמו גם מעורבותם של מי מהעותרים בהליכי בניה בלתי חוקית קודמים.

27. עולה אפוא, כי העותרים עשו דין לעצמם, כאשר החלו והמשיכו בבניית המבנים מושא העתירות בלא קבלת היתר מיוחד מהמפקד הצבאי בהתאם לצו איסור הבנייה, ותוך התעלמות מהצו. חמורים במיוחד הדברים לגבי המבנה מושא תיק בב"ח 3/17 שנבנה בתחומי צו התפיסה, וכן לגבי המבנים, שצוינו לעיל, אשר נמשכו בהם פעולות בניה גם לאחר מסירת ההודעות ומתן צווים של בית משפט זה שהורו על הקפאת הבניה. פעילות זו בניגוד לצווי בית המשפט עולה כדי אי ניקיון כפיים חמור, העשוי כשלעצמו להצדיק דחיית העתירות על הסף -

"חייב אדם להחליט בלבבו אם מבקש הוא סעד מבית-משפט או אם עושה הוא דין לעצמו. שני אלה בה-בעת לא יעשה אדם, דהיינו: בית-משפט לא יושיט סעד למי שבמקביל לפנייה לבית-המשפט עושה דין לעצמו ומבקש להעמיד את זולתו בפני עובדות מוגמרות" (בג"ץ 8898/04 ג'קסון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (28.10.2004), בעמ' 4).

(וראו גם: בג"ץ 3744/14 אדעיס נ' ועדת המשנה לפיקוח על הבניה (24.10.2017); בג"ץ 7861/14 מטרי נ' ועדת המשנה לפיקוח על הבניה (30.12.2014); ע"מ 65/13 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ (7.7.2013); בג"ץ 8918/03 חסן נ' ועדת משנה לפיקוח, מועצת התכנון העליונה, המנהל האזרחי (4.6.2009)).

עם זאת, כפי שכבר צויין לעיל (פסקה 17), המשיבים הבהירו כי כל אחת מהבקשות להקלה נבחנה לגופה ונתקבלה לגביה החלטה בהתאם לאמות המידה הענייניות-ביטחוניות שהותוו בצו-על-תנאי, וכי המשך בניה לאחר ההודעה על כוונה להרוס וכן ההפרות של צווי בית המשפט לא היו באף מקרה נימוק יחיד ובלעדי לדחיית בקשה להקלה.

28. אשר לטענה בדבר השתוות המשיבים בנקיטת הליכים לאכיפת הצו, מקובלת עלינו עמדת המשיבים, כפי שהובהרה בתצהיר התשובה מטעמם, לפיה הגברת האכיפה החל בשנת 2015 נבעה מהריבוי המצטבר של הבנייה בסמוך לגדר, נוכח הסיכון הביטחוני שנשקף ממנה. עם זאת, העיכוב בהליכי האכיפה נלקח בחשבון כאשר מתוך 97 המבנים שנבנו לאחר הוצאת הצו, הוחלט לנקוט בהליכי הריסה נגד מיעוטם בלבד, כמפורט לעיל.

יש ליתן משקל בהקשר זה גם לעובדה כי הליכי האכיפה ננקטו רק נגד מבנים שבנייתם טרם הושלמה, ובחלקם אך החלה (השוו: בג"ץ 5377/09 דגבים נ' שר הבטחון, פסקה י"ג (10.8.2011); ובג"ץ 2186/11 אלאערג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ט"ו (18.9.2011)).

29. מכל מקום, כידוע, אופן ביצוע פעילות אכיפה ועיתויה תלויים בשיקולים שונים, לרבות המשאבים המוגבלים של הרשויות, והלכה היא כי הגורמים האמונים על האכיפה רשאים לקבוע סדרי עדיפויות לענין זה. בנסיבות ענייננו, איננו סבורים כי יש

בשיהוי המסוים באכיפת איסור הבניה על ידי המשיבים כדי ליצור בסיס אובייקטיבי סביר להיווצרות ציפייה לגיטימית או הסתמכות על אי הפעלתה באופן המונע מהמשיבים להפעיל את סמכותם -

"ההשתהות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמה לא תיצור מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במקרים קיצוניים ויוצאי דופן. רשות החייבת לבצע פעולות על פי דין, וביחוד רשות הממונה על אכיפת חוק, אינה יכולה להשתחרר מחובתה עקב העובדה שלא נקטה אמצעים למילוי החובה במועד. מכל מקום בנסיבות של אי חוקיות, וביחוד כאשר אי החוקיות ברורה ומובהקת, הימנעותה של הרשות מלפעול אין די בה כדי לבסס אינטרס מובן של הפרט כנגדה" (רע"פ 1520/01 שוייצר נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד נ"ו(3) 595, 604 ((2002)).

וכן כפי שנקבע לא אחת -

"חרף חשיבותן של פעולות לאכיפת החוק בכלל, ודיני התכנון והבנייה בפרט, לעיתים לא ניתן לבצע בעת ובעונה אחת את כל הטעון אכיפה, ויש ליצור מערכת סדרי עדיפויות לענין זה, של ראשון ראשון ואחרון אחרון. הטעם לכך נעוץ, ראשית, בכוחות האכיפה המוגבלים הנתונים לרשות הציבורית, שאינם מאפשרים בכל מצב אכיפה כוללת בו-זמנית; עשויים להימצא גם שיקולים ענייניים נוספים המשפיעים על סדרי העדיפויות באכיפה, כגון שיעור הנזק הנגרם עקב הפרת החוק, ובמקרה זה עקב המבנה הבלתי חוקי הספציפי, בין למרקם החברתי הרלבנטי, ובין בהיבט הסיכון הביטחוני; משך הזמן שחלף מאז בניית המבנה הבלתי חוקי עשוי אף הוא לשמש שיקול בתעדוף האכיפה; רגישותו של האתר מבחינות שונות עשוי גם הוא להילקח בחשבון. וכך, הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה עשויות להקריין על מקומו של המבנה בסדר העדיפות לענין האכיפה ... הלכה מושרשת היא כי בית המשפט לא יתערב על נקלה בשיקול דעתן של הרשויות המוסמכות בקביעת מדיניות אכיפת החוק שגיבשו, ובסדרי העדיפות שנקבעו לצורך כך. הביקורת השיפוטית מצטמצמת, בדרך כלל, למצבים בהם הוכחה התנערות מלאה, או הימנעות בלתי סבירה מאכיפת החוק, או כאשר סדרי העדיפות שעיצבו הרשויות נגועים בחוסר סבירות קיצוני, או בפגם אחר

שנתגלע בחוקיותם...” (בג”ץ 6243/08 התנועה לשמירת אדמות הלאום נ’ שר הביטחון, פסקאות 23-24 (2.12.2010)).

(וראו עוד מבין רבים: בג”ץ 1161/06 תנועת “אנחנו על המפה” נ’ שר הביטחון, פסקה 10 (14.10.2007); בג”ץ 2407/10 רגבים נ’ שר הביטחון, פסקה 4 (8.3.2012); בג”ץ 6288/09 עראערה נ’ ראש המנהל האזרחי, פסקה 12 (2.3.2010); עע”מ 2847/13 איסמעילוף נ’ ראש ממשלת ישראל, פסקה 8 (23.3.2016); בג”ץ 4465/15 תנועת רגבים נ’ שר הביטחון, פסקה 5 (15.5.2016)).

30. חרף כל האמור, לא התעלמנו מהמשמעות האישית-כלכלית הקשה מבחינתם של העותרים הכרוכה בהריסת המבנים או חלקם. עקב כך בחנו את הדברים בקפידה רבה, קיימנו ארבעה דיונים בפני הרכב בעתירות אלה והורינו למשיבים להבהיר את מדיניותם ולשוב ולשקול את החלטותיהם בנוגע למבנים מושא העתירות. בהמשך אף ניתן על ידינו צו-על-תנאי בעתירות אלה במסגרתו הורינו למשיבים לבדוק שוב באופן פרטני את החיוניות הביטחונית בהריסת כל אחד מהמבנים מושא העתירות על יסוד אמות מידה שהותו בצו-על תנאי שניתן. ואכן, בעקבות הצו-על-תנאי נערכה בחינה מקיפה נוספת על ידי המשיבים בנוגע לכל אחד מהמבנים, אשר תוצריה הוצגו בפירוט בתצהיר התשובה ונספחיו, ובעקבותיה אישרו המשיבים הקלות פרטניות לגבי שישה מבנים בהם הדבר התאפשר מבחינה ביטחונית, תוך שהוסבר מדוע אין הדבר מתאפשר לגבי כל אחד מהמבנים האחרים.

”אכן, לא פשוט הוא שאדם ישקיע כספו ויבנה ואחר כך ייהרס המבנה; אך קשה עוד יותר, כי רשויות יתנו ידן להפקרות. גישה זו נוקט בית משפט זה הן בישראל והן בשטחים שבאחריותה המשפטית” (בג”ץ 5493/08 חטיב נ’ ועדת המשנה לפיקוח על הבניה, בפסקה ו’ (7.11.2010)).

(וראו עוד לענין: עניין אבו דהים, בפסקה 25; רע”פ 2885/08 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו נ’ דכה (22.11.2009); רע”פ 4877/18 אלאטרש נ’ מדינת ישראל (4.9.2018); ובג”ץ 5193/18 ועד תושבי הכפר אלח’אן אלאחמר נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית (5.9.2018)).

31. סיכומם של דברים: אני סבור כי בשלב זה, לאחר מיצוי ההליכים שפורטו לעיל וההקלות עליהן הוחלט, העמדה העדכנית של המשיבים סבירה ומידתית ומצויה בתוככי מתחם הסבירות. שוכנעתי כי עמדה זו מבטאת איזון ראוי בין השיקולים הביטחוניים

לבין התחשבות בזכויות ובאינטרסים של העותרים, באופן שאינו מצדיק את התערבותנו.

32. אשר על כן, בכפוף להקלות עליהם הוחלט כמפורט בפסקה 15 לעיל, אציע לחברי כי נדחה את העתירות. בנסיבות העניין לא יהיה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מ' מזוז.

ניתן היום, ח' בסיון התשע"ט (11.6.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט