

20-09-2023

לכבוד:
מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי
וועדת המשנה להתנגדויות

ובאמצעות דוא"ל: planningyosh@iplan.gov.il / ShulamitTo@iplan.gov.il / LoraLe@iplan.gov.il

העתק:
אל"ם אלי לברטוב, יועמ"ש איו"ש, באמצעות פקס: 077.4701860 ובאמצעות דוא"ל yoayosh@idf.il
yoayosh@gmail.com

הנדון: התנגדות לתכנית 404/2 אלעזר/ נתיב האבות

מרשיי, (1) ראש מועצת הכפר אל-חאדר, אברהים דאוד חסין מוסא; (2) מר עומר מוחמד מחמוד עטואן; (3) מוניר חסן חוסיין מוסא; (4) יאסין מוחמד עודאללה דעדוע; (5) עומר עבד מוחמד מוסא; (6) סוהייר אסמעיל עלי פראג'; (7) מרים אסמעיל עלי מוסא; (8) חסן מוחמד אחמד מוסא; (9) מוסא עיסא חמדאן מוסא; (10) עלי מוחמד עיסא מוסא; (11) יוסף עבד מוסא; (12) עלי סלים מוחמד מוסא; (13) ארגון "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר)¹; (14) עמותת במקום – מתכננים למען זכויות בתכנון (ע"ר)²

א. פתח דבר

1. בהתאם לנמסר על פי אתר מנהל התכנון, ביום 21.7.2023 הושלמו פרסומי דבר הפקדתה של תכנית 404/2 להתנגדויות, ומשכך מוגשת התנגדותם של המתנגדים כמצויין לעיל לתכנית האמורה על סמך המסמכים שפורסמו במסגרת "מנהל התכנון".
2. התכנית הינה כזו המשתרעת של שטח נרחב של כ- 296 דונמים, ומבקשת לשנות ייעוד תכניות קודמות מחקלאות למגורים וסיווגים נוספים. בנוסף, התכנית מבקשת לשנות
3. התכנית אושרה להפקדה, בתנאים מסויימים, כמו גם אישור קידומה תלוי בתנאים חיצוניים כגון הכרעה חלוטה בעררים שהוגשו נגד הכרזה על מתחם מקרקעין בשטח כרכוש ממשלתי ועודנו תלוי ועומד, וכן תנאים נוספים לרבות סוגיית שטח השיפוט.
4. התכנית עצמה קשורה בעבותות להליכים משפטיים שונים, אשר המתנגדים לעיל היו חלק מהם בעשורים האחרונים – ביניהם נזכיר את העתירות בבגץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון; בג"ץ 5480/15 מוסא נ' שר הביטחון; 8255/08 מוסא נ' שר הביטחון; 8258/08 מוסא נ' שר הביטחון; ועוד עתירות רבות אחרות.

¹ יש דין הוא ארגון זכויות אדם ישראלי הפועל למען העצמה של הליכי אכיפת חוק על ישראלים שפגעו בפלסטינים בשטחים הכבושים. יש-דין גאה להיות נתמך על-ידי ישויות מדיניות דמוקרטיות זרות. תמיכה זו מהווה חלק עקרי ממקורות המימון של הארגון. יש-דין מתחייב שאף אגורה מכספו לא הגיעה ולא תגיע מכספי הימורים, מגורמים אנטישמיים או מכל מקור אחר שחוקיותו מוטלת בספק.

² בהתאם לחובה שנקבעה בחקיקה שהעבירה הממשלה במסגרת מאבקה לפגיעה בארגונים המבקרים את מדיניותה, עמותת במקום, מבקשת לציין כי היא ארגון שעיקר מקורות המימון שלו היה מתרומות מישויות מדיניות זרות.

המשותף לכל אלה הוא עובדת בינוי בלתי חוקי נרחב שבוצע על גבי אדמות הכפר אל-חאדר מטעם גורמים שונים, לא אחת מגובים בנציגי מועצה האזורית גוש עציון, וזאת לצורך הקמת המאחז הבלתי מורשה "נתיב האבות".

מעבר לכך, ביחס לחלק מהשטחים עליהם מתפרשת התכנית או משתרעת עליהם, הוגשו עררים נגד כוונת הממונה על הרכוש הממשלתי להכריז עליהם כרכוש ממשלתי. הערר הראשון, ערר 50/14 מוסא נ' הממונה על הרכוש הממשלתי התקבל במובן זה שנקבע כי על הממונה על הרכוש הממשלתי לבחון את סוגיית העיבוד בהתאם לגבולות לוח התביעות [ראו החלטה מחודש אפריל 2021 ומיום 22.2.2022]. הערר שהוגש בעקבות עמדת הממונה, ערר 1580/22 מוסא נ' הממונה על הרכוש הממשלתי עודנו תלוי ועומד בפני וועדת העררים.

5. לטענת המתנגדים, כפי שיפורט להלן, התכנית מושא התנגדות הנוכחית אינה עומדת בסטנדרטים מינימליים וכל מטרתה והווייתה היא הגשמת מאויים פוליטיים אשר פוגעים בזכויותיהם של תושבי אל חאדר, כחלק מתכנית סדורה של הפרת חוק כפי שמבוצעת מזה למעלה משני עשורים. התכנית מבקשת להעמיק את האחיזה של הנוכחות הישראלית בשטח על מנת למנוע נוכחות פלסטינית בה, לרבות הדרתם של בעלי זכויות מאדמותיהם ולהנציח מצב בלתי חוקי קיים. יש להניח ומותר לקוות כי מוסדות תכנון עם יושרה פנימית ומקצועית, לא יתנו יד לתכנית כושלת ובלתי ראויה כפי שהוגשה, לצרכים פוליטיים וכאתן לחבורה של פורעי חוק. בפועל, בכל אלה אשר יפורטו להלן, חוטאת התכנית לדין הבינלאומי, לדין המקומי, לעקרונות תכנון בסיסיים, לחובת שלטון החוק ולאמות מידה מנהליות בסיסיות שמוסדות התכנון חבים בהם כחלק מהרשויות המנהליות הישראליות, הגם שאלה פועלות מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל.

3. הצגת המתנגדים

6. המתנגד מס' 1, ראש מועצת הכפר אל חאדר, הינו מייצג את קהילת תושבי הכפר אל חאדר אשר על אדמותיהם מתעתדת התכנית להתמקם, ואף ליצור פרגמנטציה של אדמות הכפר אל חאדר, לצורך הקמת נקודת היישוב החדשה. תושבי הכפר, אשר המתנגד מייצג אותם במסגרת התנגדות זו, הינם נפגעים ישירים של ההחלטה להקים את ההתנחלות החדשה ו/או הדרך בחלקות האמורות.

7. המתנגד 1-12 הינם תושבי הכפר אלח'אדר, אשר הינם הטוענים לזכויות בחלקות הסובבות את המאחז "נתיב האבות" אשר התכנית מבקשת להכשירו. למתנגדים חלקות חקלאיות בשטח הסמוך למאחז בתצורתו הנוכחית וכן בסמוך לשטח עליו מתפרשת התכנית. המתנגדים עצמם היו ועודם חלק מההליכים המשפטיים הנוגעים הן לעתירות המאחז ולעררים המפורטים לעיל ובכלל זאת ערר 1580/22 הנוגע לחלקות עליהן מתפרש תחום התכנית. הערר תלוי ועומד ועל פי עמדות היועצים המשפטיים הרלוונטיים, עד להכרעה בעררים אלה, לא ניתן לקדם כל מהלך ביחס למקרקעין, שכן כל מהלך כאמור בהכרח יוביל לשינוי מצב הקרקע, בין אם באמצעי משפטי כזה או אחר (השוו למשל, סיכום דיון בעניין "אביתר" כפי שעלה על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) אשר קבע כי ככלל אין לקדם תכניות עד שלא מוברר המעמד הקרקעי (לאשורה). גם החלטות דומות של מוסדות התכנון קיבלו כעקרון גישה זו בעבר.

8. המתנגד 13 הינו ארגון "יש דין", הינו ארגון מתנדבים לזכויות אדם והוא עמותה רשומה. הארגון פועל למען הגנה על זכויות האדם של הפלסטינים בגדה המערבית הכפופים לשלטון הכיבוש הצבאי הישראלי. הארגון מתעד מקרים שבהם ישראל אינה מיישמת את חובתה על פי עקרונות המשפט הבינלאומי להגן על הפלסטינים, ופועל למען ביצורן של זכויות הקיימות על פי עקרונות אלה.

9. המתנגד 14, ארגון "במקום – מתכננים למען זכויות התכנון" הינה עמותה רשומה אשר הוקמה בשנת 1999 על ידי מתכננים/ות ואדריכלים/ות, במטרה לחזק את הקשר בין מערכות התכנון לזכויות האדם. העמותה פועלת בכלים מחקרניים ומקצועיים כדי לקדם שוויון זכויות וצדק חברתי בתחומי התכנון, הפיתוח והקצאת משאבי קרקע, ומסייעת לקהילות המצויות בנחיתות מקצועית, כלכלית או אזרחית בכל הנוגע למימוש זכויותיהן בשדה התכנון. 'במקום' מייצגת בעמדתה אינטרס ציבורי למען שקיפות בהליכי התכנון והקצאת משאבים הוגנת ושוויונית בתחומי התכנון והפיתוח.

ג. התכנית

10. שטח התכנית המובאת להתנגדויות הינו כ-296 דונם. השטח המיועד למגורים (מסוג א', ב' וג' יחדיו), המונה סה"כ 433 יח"ד, נמוך מ-90 דונם, ושטח הדרכים הכולל של התכנית עומד על למעלה מ-70 דונם (כ-25%). שטחי הציבור עומדים על סדר גודל של 21 דונמים וגודלו של השטח הציבורי הפתוח עומד על סדר גודל זהה של 100 דונמים. בנוסף קיימים שטחי מסחר ותעסוקה או תיירות (6.4 דונמים) וכך שטח למתקנים הנדסיים (0.8 דונם).

11. בפועל יומר כי שטח המגורים במסגרת התכנית – וייעודה המרכזי של התכנית, כפי שעולה מהדיון בוועדת המשנה להתיישבות מחודש פברואר 2022 הוא מגורים אולם בפועל מיעוט השטח מוקצה בפועל למגורים. היחס בין יח"ד ובין שטח התכנית מוביל לתוצאה של 1.46 יח"ד לכל דונם בתכנית, רחוק מכל פרמטר צפיפות מוכר, ומנוגד לכל מגמת ציפוף אוכלוסין.

12. מצב זה הינו א-נומאלי ומעיד על בזבוז משמעותי של שטחים, וזאת ברמה אובייקטיבית ומבלי להתייחס כלל להשפעה ולהפרעה של תכנית זו ביחס למרחב ולסביבה. בזבוז זה של שטחים נועד בין היתר לצורך חיבורם של איים

ד. טענות ההתנגדות של המתנגדים

(1) **אישור התכנית מהווה שינוי חקיקה ולכן אינו חוקי לפי הדין הבינלאומי**

13. השטח עליו משתרעת התכנית, מצוי באדמות שתושבי כפר אל חאדר, המצוי בגדה המערבית הנתונה מאז 1967 תחת תפיסה לוחמתית ישראלית טוענים לבעלות ביחס אליהן.

14. אמנת האג בדבר המנהגים והדינים במלחמה ביבשה והתקנות הנלוות אליה משנת 1907, המהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי שחל על רשויות ישראליות ועל ישראלים הפועלים בגדה המערבית, אוסרת בתקנה 43 על המעצמה הכובשת לבצע שינויים בחקיקה הקיימת באזור טרם כיבושו למעט בשני מקרים: האחד, כאשר שינויי החקיקה נדרשים לצרכים ביטחוניים צבאיים מובהקים; והשני, כאשר השינוי בחקיקה נדרש כדי לענות על הצרכים האזרחיים של האוכלוסיה המקומית המוגנת (ר' למשל בג"ץ 68/81 באסיל אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'; בג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש).

15. על פי הפסיקה, תכניות הן בגדר חיקוק (ר' למשל: ע"א 3213/97 יחזקאל נקר ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצלית; ע"א 10213/03 מרחבי השרון בע"מ ואח' נ' דוד מייזליק ואח').

16. לפיכך, תכניות המתאר הגליליות, ובהן תכנית 5RJ החלה בשטח זה, הן חלק מהחקיקה הקיימת אותה ירש הממשל הצבאי הישראלי בעת כיבוש הגדה המערבית ב-1967.
17. התכנית שבנדון לא נועדה לשרת את האוכלוסייה הפלסטינית המוגנת, וזאת בין היתר לאור מקום המצאה והגורמים הפועלים למען קידומה. תכנית זו נועדה לצורך הקמתה של התנחלות חדשה, מבני מגורים עבור תושבי הישראלים בלבד.
18. כאן המקום להתעכב על התנהלות מוסדות התכנון לאורך ימי חייה הלא-ארוכים של התכנית, כפי שעולה מהמסמכים שהועמדו לרשות הציבור.
19. שטח התכנית **אינו מצוי** בתחום המועצה האזורית גוש עציון. אי שם בשנת 2018 פורסמה כוונה לצרף חלק מתחום התכנית לשטח השיפוט של ההתנחלות אלעזר הסמוכה, ובעקבות פרסום זה אף הוגשה התנגדות למוסדות המנהל האזרחי בחודש מארס 2018, אשר טרם הוכרעה עד ימינו אנו, 5 וחצי שנים לאחר מכן.
20. ברם, התכנית הוגשה עוד בחודש אוגוסט 2022 למוסדות התכנון לבחינה, וזאת הגם שלמועצה לא הייתה כל סמכות לפעול בשטח, בוודאי שלא לתכננו (יוער, כי גם בתגובות הרשויות לעתירה שהוגשה במסגרת בגץ 5480/15 מוסא נ' שר הביטחון, נמסר בריש' גלי כי כל הליך של קידום התכנית יחייב קודם לכן את התיקון תחום השיפוט של המועצה, כתנאי לקידומה של התכנית).
21. רק לאחר שהוגשה התכנית ונבחנה על ידי מוסדות התכנון לקראת קידומה במסגרת וועדת המשנה להתיישבות, או-אז הודיע הממונה על "מתן כוונה להרשאה לתכנון" למועצה האזורית; הרשאה לתכנון שכבר נעשה, שכבר תוכן וכבר הוגש. "נעשה ונפרסם", שיטת המנהל האזרחי. וכל זאת – למרות שהשטח המיועד לתכנון אינו מצוי כלל בתחומיה של המועצה.
22. כל המהלך הזה – של "תפירה מראש" של התכנון על ידי ועבור המועצה האזורית גוש עציון, חרף העובדה כי המדובר בשטח אשר אינו מצוי בתחום יישוב על פי צווי אלוף הפיקוד, ומתפרש מחוץ לתחום השיפוט, אינו אפשרי, ומלמד בעיקר על כל התוצאה המוכתבת מראש לגבי כל המהלך, מראשית חודש אוגוסט 22' עת הוגשה התכנית ועד לדיון בפני וועדת המשנה להתיישבות.
23. יוער, כי ביום 21.2.2023 נשלחה פניה מצד המתנגדים אל העומדת בראש אגף התכנון וכן אל יועמ"ש איו"ש בנוגע לסוגייה זו, אולם מכתב זה לא נענה נכון לכתיבת שורות אלה. המכתב מצ"ב כנספח 1 והמתנגדים יבקשו לראות בו כחלק בלתי נפרד מהתנגדות זו.
24. תחת זאת, במסגרת ההליכים שהתנהלו בפני וועדת המשנה להתיישבות, בוצע נסיון, אחיתופל לענ"ד, לצרף את לשכת התכנון כמי שעומדת מאחורי התכנית, בדיעבד (הגם שלא הייתה מעורבת כלל בגיבושה ובניסוחה), וזאת לצורך התגברות על העדר תחום שיפוט יישוב.
25. **כבר כעת נאמר, כי הגם שבסעיף א.8 לתכנית מצויין כי בין מגישי התכנית מצויה הן המועצה האזורית גוש עציון והן לשכת התכנון, בעמוד החתימות של התכנית כפי שהופקד, אין כל חתימה של לשכת התכנון באזור.**
26. ברם, לשכת התכנון אמורה לפעול על פי רוב לטובתם של כלל האוכלוסיות הפועלות בשטח (כגון לצורך קידום תשתיות, כבישים וכיו"ב), או למצער, בשל התיקונים שבוצעו בצו 413 אשר גרעו מסמכויותיהן של הרשויות המוניציפליות הפלסטיניות בשטח, לטובת האוכלוסייה הפלסטינית. התכנית האמורה אינה מיועדת אף לא בחלקה לטובתה של האוכלוסייה הפלסטינית, אלא, כפי שיובהר להלן – יש בה רק כדי לפגוע בזכויות הפרט של התושבים הפלסטינים.

27. עוד נציין כי בעוד שהתחיקה הצבאית אפשרה למוסדות התכנון ולגורמי המנהל לאצול מסמכויותיהן לוועדות המקומיות הפועלות בתחומי היישובים והמועצות המוניציפליות הישראליות (סמכות שנלקחה מהתושבים הפלסטינים, באופן מפלה לחלוטין, הפלייה על בסיס מוצא אתני ותו לא, על כל הכרוך בכך), אילו הייתה סבורה לשכת התכנון באיו"ש כי עלי להכנס "בנעליה" של הוועדה המקומית גוש עציון, הייתה עליה לקבל החלטה מפורשת על נטילת הסמכות ולהגיש את התכנית בעצמה. שעטנז של הגשה משותפת אינה אפשרית, בנסיבות אלה, וכל כולה נועדה לעקוף את העובדה כי התכנית אינה מצויה בתחום השיפוט של המועצה/ היישוב אלעזר מחד גיסא, ומאידיך גיסא מיועדת ליהודים בלבד.

28. **לשיטת המתנגדים די בכל המהלך הפסול האמור, הנגוע כל כולו בניגוד עניינים, שיקולים זרים, "תפירת תוצאות" מראש, וסימון המטרה עוד טרם קיומם של כלל ההליכים כדי להוביל לפסלותה של התכנית.**

29. בהקשר האמור נוסף, וכפי שציינו גם במכתב שנשלח ביום 21.2.2023 – התכנית מבקשת לראות בה כחלק מהתנחלות אלעזר, אולם אלעזר הינה התנחלות שהוקמה על גבי צו תפיסה. גם המערך התכנוני הנוגע לאלעזר, מבוסס על מערכת הנחיות ואילו התכנית הנוכחית מבוססת על הדין הירדני. כאן מונח עקב אכילס נוסף של התכנית – היא למעשה מדברת על הקמתו של יישוב חדש לחלוטין, וזאת מבלי שהתקבלה החלטת ממשלה (ראו למשל נוסח פרק ו – הנוקט בטרמינולוגיה של "הקמת היישוב" כהודאת בעל דין – הן המועצה האזורית והן לשכת התכנון כמגישות התכנית - בדבר העובדה כי המדובר בהקמת יישוב חדש לכל דבר ועניין).

30. זאת ועוד - בעוד שהקמת יישובים על גבי צו תפיסה הינה ארעית, כל זמן שמתקיים הצורך בטחוני הכרחי ודחוף, לא כך הוא הקמת יישוב על פי דיני התכנון והבניה הירדנית. משכך, גם התכנית אינה יכולה לשנות מערכת הנחיות כפי שנקטב בהוראותיה (והשוו גם דבריו של יועמש איו"ש אלי לברטוב בעניין ישיבת מועצת התכנון העליונה מס' 2016016 מיום 2015-7-20), שכן המדובר בהוראות תכנוניות במישורים נורמטיביים שונים בתכלית.

31. עם התפוגגות הצורך הצבאי שעמד בבסיס הוצאת צו התפיסה שעל גביו הוקמה אלעזר, והרי הדעת הנותנת שהכל כמהיים לסיום הצורך הבטחוני האמור שהוביל להוצאת צו התפיסה ולפגיעה בזכויותיהם של תושבי אל חאדר, הרי שתבטל מערכת ההנחיות שהקימה תכנונית את אלעזר, לרבות התשתיות והמערכות המקימות אותו והמבנים הקיימים בו. או אז, המבנים והתשתיות מושא תכנית זו "יישארו באוויר", ללא כל חיבור שהוא להתנחלות האם.

32. כאן המקום להזכיר – כי השימוש באזרחים כחלק מצורך בטחוני, הינה הפרה ברורה של דיני המלחמה והסכסוך המזויין (ראו מאמרו של פרופ' יורם דינשטיין בעקבות פרשת בית אל בבג"ץ 606/78 איוב נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו, 1979], "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים", עיוני משפט כרך ז' (תשל"ט-תש"ס) 188 בעמ' 191). לא בכדי ממשלות ישראל חדלו מפרקטיקה נקלית זו לאחר פסק הדין בפרשת אלון מורה (בגץ 379/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל), עת התברר כי הצרכים הבטחוניים ההכרחיים והדחופים הינם בפועל כיסוי לצורך התיישבותי-אידאולוגי.

33. העובדה כי המדובר בהקמת יישוב חדש עולה גם מעיון בתכנית עצמה – כביש הגישה וחיבורו הנפרד והעצמאי לדרך הראשית (כביש 60) מלמדת כי התכנית אינה מיעדת כל אינטראקציה בין אלעזר המקורית ובין "נתיב האבות" אשר תוקם יחד עמה. גם ריבוי מוסדות הציבור שהתכנית כוללת מלמדת כי אין כאן הרחבה של השענות על יישוב קיים, אלא יצירת יישות חדשה יש מאין.

34. מבחינת השירותים, התעסוקה ומבני הציבור, הקשר של התכנית החדשה לאלעזר כמעט ולא קיים. בתכנית מוצע כי כ-20 אחוזים משטח התכנית, כמעט רבע ממנה, יוקדש למבני ציבור, תעשייה, תיירות ותעסוקה. ניתן לראות כי אין בכוונת המתכנן לתת לתושבים החדשים להסתמך על השירותים באלעזר, כפי שהיה ניתן לצפות בתכנית המשמשת כהרחבה ליישוב קיים. יבנו להם שירותים ציבוריים ותעסוקתיים חדשים והם צפויים לתפקד כיישוב חדש ועצמאי, עם זיקה ליישוב הישן הנמצא במרחק נסיעה משם.

35. בהקשר האמור, הטענה שנטענה במסגרת הליכי וועדת המשנה להתיישבות בדבר הצורך לקידום התכנית – שגויה. כל תכנית ובמיוחד תכנית יוצאת דופן שכזו המאתגרת מושכלות תכנון יסודיים אשר פוטנציאל הפגיעה שלה באדם ובסביבה המקומיים הוא עצום חייבת להתבסס על הצדקה תכנונית. אין אף אזכור לכך שתכנית זו נוצרה על גבי הצדקה תכנונית אשר כוללת חישובים של תחזית אוכלוסייה, ביקוש של דירות במרחב, פוטנציאל גידול, נושאים סביבתיים ותרבותיים וכן אלמנטים כלכליים. ההצדקה היחידה שיש לתכנית זו היא בנייה בלתי חוקית של פורעי חוק. אין הצדקה אחרת.

36. יחד עם זאת בדיון של וועדת המשנה להתיישבות נאמר על ידי מהנדסת המועצה "היישוב אלעזר מיצה את מלאי ההיצע של יחידות הדיור, כעת מתוכננת הרחבה ליישוב אלעזר". אמרה ולא יספה, אמרה ולא הסבירה, אמרה ולא נתנה כלל פרטים או עובדות, פרוגרמה, נתונים מבוססים וכיו"ב. יתרה מזאת, היא גם לא נשאלה על ידי מי מחברי הוועדה הנכבדים על אמירה זו למרות שלא הוצגה בפניהם כל תשתית עובדתית.

37. לפיכך ראוי לומר כי באופן מובהק אין כל הצדקה תכנונית להרחבת היישוב אלעזר ואף לא אחד מהנוכחים סבור שזו באמת הרחבה ליישוב אלא הסדרה חסרת פרופורציה של מאחז שנבנה באופן בלתי חוקי וכעת שואפים לא רק להסדיר את הבנייה הבלתי חוקית אלא אף להרחיב אותה ללא כל פרופורציה ובניגוד למושכלות תכנון. עם הבנה כזו של חברי הוועדה אין צורך לנסות ולסבר את האוון עם עובדות ומספרים.

38. אין הצדקה להרחבת יישוב שבשנים האחרונות אין בו גידול משמעותי במספר האוכלוסייה, ואף שלילי ברוב השנים האחרונות. כך למשל בשנת 2015 מספר התושבים באלעזר היה 2,577 ובשנת 2016 מספר התושבים ירד ל-2,568. הירידה ממשיכה גם בין השנים 2017 ו-2018 מ-2,571 תושבים ל-2,510 וממשיכה לרדת גם ב-2019 ל-2,459 תושבים, כלומר – בין 2015 ל-2019 קיימת ירידה של כ-5% במספר התושבים הקיימים באלעזר. בשנת 2020 גדל המספר ל-2487 תושבים (גידול של 28 תושבים) ואילו בשנת 2021 מספר התושבים עומד על 2561 – עדיין פחות ממה שהיה בשנת 2016 ו-2017. הנתונים נלקחו מאתר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה.

בכל מקרה, אין המדובר על שינויים וגידולים משמעותיים, ואין כל פירוט של מצאי התכניות הקיים או העתידי באלעזר אשר יכול לבסס את הטענה שהופרכה כלאחר יד לחלל האוויר בפני וועדת המשנה להתיישבות בחודש פברואר 2023.

כך, רק לפני שנים ספורות ב-2018, אושר לאלעזר שינוי של שטח ציבורי לצורך הרחה של 68 יח"ד חדשים (תכנית 404/1/6/5) ולא נמסר כלל האם מוצתה, ולאור הגריעה במספר התושבים ברור כי לא כך הם פני הדברים, אם לא הפוך בתכלית; כך, בשנת 2016 קודמה תכנית 404/1/6/4 להרחבת שטח משצ"פ למגורים א' ו-ב', אולם לא ברור מדוע זו לא קודמה ברבות השנים. כך שהטענה כי הסתיימו מלאי יח"ד באלעזר גופה – שגויה, או לכל הפחות בלתי מדוייקת.

39. לפי קצב גידול האוכלוסייה בעשור האחרון של ההתנחלות אלעזר שהוקמה לפני 48 שנים, ייקח זמן רב יותר למימוש 433 יחידות הדיור מזמן הקמתה ועד היום, כ-50 שנה אם בכלל יהיה מימוש לתכנית מופרכת שכזו.

40. לפיכך לא מדובר בהרחבה של יישוב אלא מדובר בהכפלה שלו (שלא לומר – הקמת יישוב חדש לחלוטין) ללא כל התייחסות תכנונית מבוססת ורצינית אשר דורשת מאמצים תכנוניים והנדסיים, ממון רב, העדר מרכיבי ביטחון ופגיעה עמוקה בתושבים פלסטיניים על ידי שימוש באדמותיהם, מניעת גישה ויצירת פוטנציאל של פגיעה עתידית בשל העדר מרכיבי הביטחון בעת הזו.

על הפגיעה בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים במרחב

41. רבות הן הפגיעות באישור התכנית. ראשיתן, נעוץ כמובן העדר גישה למובלעות ול-"כיסוי" אדמה פרטית של תושבים מוגנים בתחום התכנית ובסביבתה.

42. בכדי לאשר את התכנית יצרו מתכנניה סיטואציות מרחביות פוגעניות מהמעלה הראשונה. כליאה של אדמות פרטיות בתוך מובלעות כאשר פוטנציאל הגישה של בעלי החלקות יהיה מוגבל עד בלתי אפשרי כפי שמלמד ניסיון העבר כאשר חלק ניכר מהמובלעות של אדמות פרטיות הפכו לקרקע נוספת של בנייה בלתי חוקית ושל אלימות מרחבית לא רק בשל העדר אכיפה אלא בשל עידוד של הרשויות, וכמו במקרה דנן, אף ביוזמתן של אלה האמונים על אכיפה.

43. במקרים רבים מאד נוצרו מובלעות בתוך תכניות ובתחום התנחלויות, כך שהגישה של התושבים לאדמות הפרטיות במובלעות נחסמה, ובמקביל החל שימוש במובלעות לצרכי ההתנחלות באופן לא חוקי. כך למשל בתוך המובלעות הפרטיות בתוך ההתנחלות גבע בנימין נסללו דרכים והוקמו מבני מגורים ואף מבני ציבור כמו בית כנסת באמצעות גזל קרקעות פרטיות שנלכדו בתוך מובלעות. כך גם בהתנחלות מודיעין עילית ובהתנחלויות רבות נוספות.



סלילת דרכים והקמת מבנים בתחום מובלעות אדמות פרטיות בתכנית 240/2 בהתנחלות גבע בנימין

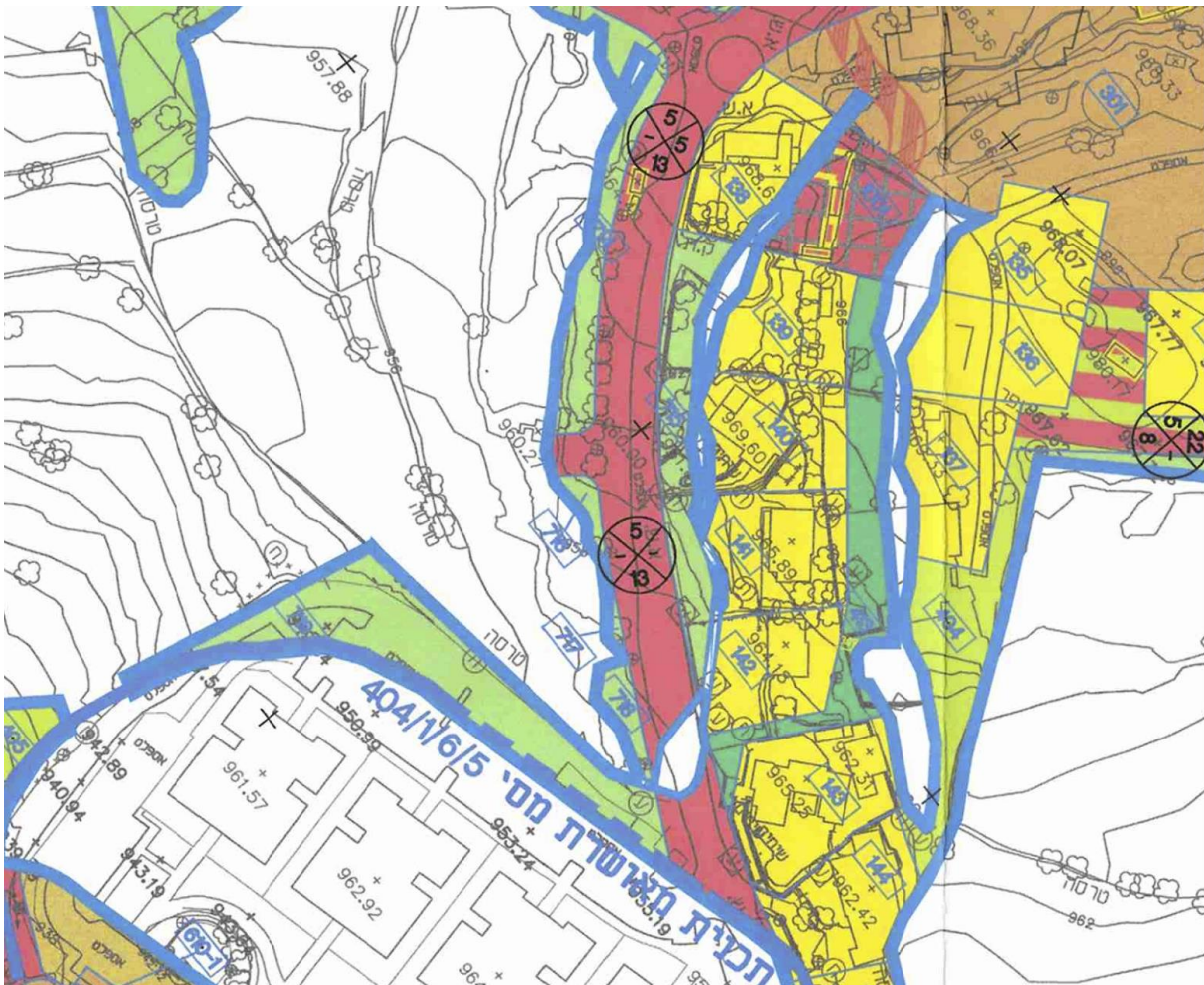
44. בתכנית ישנן לא פחות משבע מובלעות בגדלים, תצורות וסיטואציות מרחביות שונות. לכאורה אל חלק מהמובלעות התכנית מייצרת גישה אבל מדובר במס שפתיים ובמראית עין ובסופו של דבר הכוונה המובלעות

במסמכי התכנית היא למנוע גישה של בעלי הקרקע אל אדמותיהם. חלק מהמובלעות – לאור הכוונה לתכנן עליהן מבני מגורים לטובת מתנחלים ישראלים – עשויים להוציא כלל מכלל שימוש את המקרקעין. המדובר במובלעות הכוללות מאות דונמים, אשר כבר בשלב היותו של המאחז קטן נתקלו בעלי המקרקעין בקשיים של ממש להגיע לשטח (בין היתר בשל טענות של רבשצים וגורמים נוספים). התכנית בתצורתה הנוכחית רק תעצים ותעמיק את הפגיעה בתושבים אלה.

45. ראייה נוספת לכך שהתכנית מאפשרת שימוש והשתלטות על מובלעות מופיעה בכמה אופנים: האחד אין בהוראות התכנית כלל התייחסות למובלעות של האדמות הפרטיות, לשמירה עליהן וליצירת הגישה אליהן. העדר ההתייחסות למובלעות בתכנית לעומת למשל הפירוט על בניית בריכות שחיה וגיקוזי בהוראות התכנית, מבהירים את היחס של מתכנני התכנית, של יזמי התכנית וכן של הרשויות הישראליות לאדמות הפרטיות של תושבים פלסטיניים.

46. בנוסף, אחת המובלעות נמצאת בחלקה בתחום דרך מספר 5 בחלקה הדרומי. למעשה דרך מספר 5 שרוחבה הוא 13 מטרים היא דרך קצרה יחסית אך הכרחית שכן היא מחברת את המאחז שכעת נעשה ניסיון להכשירו עם ההתנחלות שהוקמה באמצעות צו תפיסה צבאי.

47. מעבר לכך, התכנית עצמה "גולשת" לתחומי צו התפיסה ותחומי מערכת הנחיות במספר מקומות – אולם הלכה ידועה של מוסדות התכנון כי אין באמצעות תכנית לשנות מערכת הנחיות ואין באפשרות התכנית האמורה להכשיר בדיעבד בינוי בלתי חוקי המצוי בתחומי מערכת הנחיות (ראו למשל מגרשים 140-149 ; 407 והחלק הסמוך אליו ; 610 והמתחם הצמוד אליו ; ועוד חלקות הגובלות בתחום צו התפיסה).



דרך מספר 5 אשר נקטעת על ידי מובלעת של אדמות פרטיות שמתכנני התכנית מתעלמים ממנה

48. לפיכך דרוש שינוי מהותי בהוראות התכנית אשר יגן באופן מוחלט על האדמות הפרטיות מהפגיעה האפשרית והצפויה של תושבי המקום הנוכחיים והעתידיים. אם הרשויות מקדמות תכנית שכזו, אשר מתעלמת מאדמות

פרטיות ומאפשרת את קיום השימוש באדמות פרטיות כפי שמתוכנן בדרך מספר 5 לעיל, לא ניתן יהיה להלין על תושבים מהישוב אשר הפכו את תרבותם לפלישה והשתלטות בלתי חוקית על גבי אדמות פרטיות.

49. הוראות התכנית לדרוש, כפי שנעשה בעבר בתכניות אחרות (מתתיהו מזרח למשל 210/8/1), פינוי של כל המבנים או חומרי הבנייה במובלעות, מילוי אדמת גן בעובי של 40 ס"מ במקרה שיש צורך בפינוי הדרך למשל כפי שיש בדרך מספר 5 בתכנית דן, גידור של כל המובלעות הפרטיות כך שלא ייעשה בהם כל שימוש וכן הוראות נוספות המתייחסות לקירות תומכים לניהול מי נגר וכיוצא בזה.

9. מובלעות:
- השטח התחום בקו כחול עבה הינו שטח למובלעות אשר אינן בבעלות מדינה או בניהול הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש ואינן מהוות חלק משטח התכנית.
- 9.1. בכל מקום שנעשתה בניה או שינוי בתכנית בתחום המובלעת – יפונה השטח מכל המבנים, חומרי הבניה וכל פסולת אחרת ויכוסה באדמת גן בעובי 40 ס"מ, על פי הנחיות מתי"ע או ועדת המשנה שלה.
- 9.2. השטח יגודר בגדר על פי הנחיות מתי"ע.
- 9.3. תתאפשר נגישות בלתי מופרעת אל המובלעות מדרך או משטח ציבורי פתוח הכולל גם/או בין היתר זכות מעבר לרכב.
- 9.4. תמיכת הקרקע של המובלעות תהיה בקיר תומך אשר יבוצע ע"ח היזם המפתח בצמידות למובלעות וכחלק מקדמים לעבודות הפיתוח במגרשים לבניה.
- 9.5. תנאי למתן היתר בניה במבנים הצמודים למובלעות יהיה מתן פתרון שיאפשר הזרמת חלק ממי הנגר העילי אל שטחי המובלעות הסמוכות, בהתאם לתנאי הטופוגרפיה במקום.
- 9.6. תנאי למתן תוקף לתכנית הינו ביצוע כל המפורט בסעיף זה לעיל, בהתאם לאישור מתי"ע.

(מתוך הוראות בנוגע למובלעות מתכנית 210/8/1 מודיעין עילית)

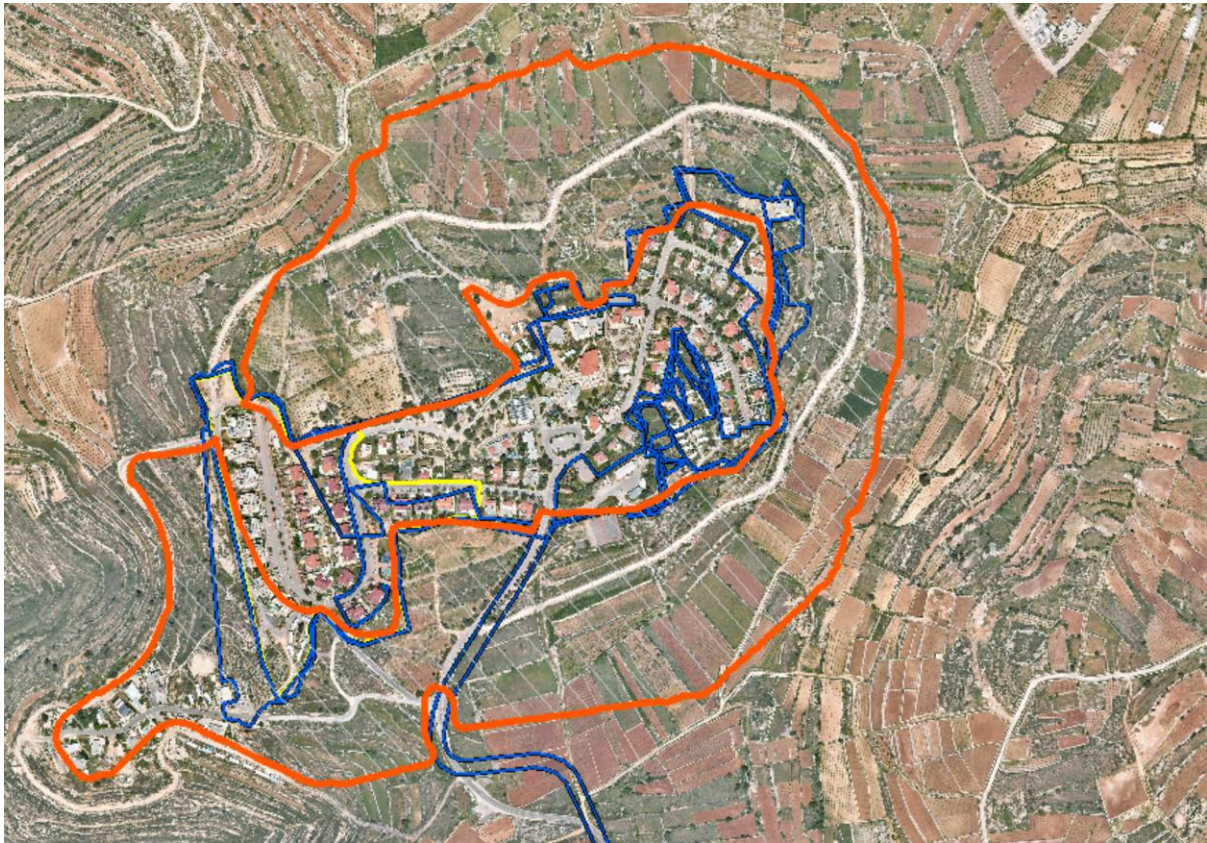
50. העדר הוראות כאמור יובילו מניה וביה להשינות הפגיעה במקרקעי הפרט, תושבי אל חאדר, ויעמיקו את הפגיעה רבת השנים שאלה ממילא חווים מתושבי המאחז נתיב האבות. הותרת השטח פרוץ יוביל בהכרח – על סמך נסיון העבר במקרים דומים בכלל וביחס ל-"נתיב האבות" בפרט, לבינוי בלתי חוקי, השחתת פני המקרקעין, ונישול וגזל של קניין פרטי.

פגיעה בתושבים בעלי אדמות בסמוך לגבולות התכנית

51. במספר מקומות בתכנית ישנם רמזים על תכניות סמויות כמו למשל קצוות דרכים שנמשכות לכיוון אדמות פרטיות מחוץ לתחום התכנית. כך בדרך מספר 5, בדרך מספר 10, בדרך מספר 3 ובדרכים נוספות. כמו כן התוכנית פוגעת בגישה לקרקעות פרטיות על ידי חסימה של מטרות בגבולות המערביים, המזרחיים והצפון מזרחיים שלה. משכך - יש לשנות את גבולות התוכנית, כך שהן לא יכללו את המטרות שמובילות לחלקות פרטיות, וכן לפעול שלא תחסמנה דרכי הגישה למקרקעין הפרטיים ולהבטיח גישה בלתי מופרעת, ורציפה למובלעות הקיימות (למשל, בין מגרשים 110 ל-111; המובלעת שצמודה למגרשים 128 ו-129; המובלעות בין חלקות 135-144 והצמודות לדרך מס' 5).

52. בנוסף, עמדתם היהירה לא אחת של אנשי הביטחון שמאפשרים את הסטייה החמורה מהוראות של פיקוד העורף הנוגעות להגנה מרחבית ולמרכיבי ביטחון יובילו באופן וודאי לגזל קרקעות, או לכל הפחות להגבלות תנועה משמעותיות ביחס לשטחים אלה, נוסף בשטחים של מאות דונמים של אדמות פרטיות.

53. ההחלטה על שימוש באמצעים טכנולוגיים (אשר עליוותיה תושנת כולה על הרשות המקומית אך תהיה במימון כספי המיסים של תושבי ישראל), הינה מופרכת ואינה עולה בקנה אחד עם ההצדקות של אותה מערכת ביטחון על הגנה היקפית של התנחלויות יהודיות בגדה המערבית אשר מדברות על יצירת חיץ של מאות מטרים ושל אפשרויות מרדף במקרה של חדירה של מפגעים אל תוך הישוב. מקרה חמור זה יוביל לכך שבסופו של דבר יוצר מצב של מערכת הגנה נוספת בדמות שבי"מ או כל מרכיב ביטחוני אחר אשר גם אם הוא טכנולוגי ולא מייצר הפרדה פיזית הוא מונע גישה של בעלי אדמות אל אדמותיהם בדומה למשל להתנחלות כרמי צור שם הוקם שבי"מ משולב שהוא בחלקו טכנולוגי שמונע גישה של תושבים פלסטיניים אל אדמותיהם.



התנחלות כרמי צור – אדמות פרטיות בתחום שב"ם (קו אדום) לעומת גבולות התכנית (קו כחול)

54. נסיון העבר של התנחלויות שונות במרחב, מחייב את מוסדות התכנון לקחת במסגרת השיקולים תרחשים אלה, וזאת בטרם מאושרות תכניות הכוללות מובלעות או "כיסים" של מקרקעין פרטיים.

55. לפיכך מן הראוי שרשויות התכנון לא יקבלו את הכניעה חסרת ההגיון הנוגדת את הוראות הביטחון של פיקוד העורף על ידי קשת צבעים המאפשרת את הסיטואציה הנוכחית כך שלמעשה המצב המוצע לא מציע לשיטת מערכת הביטחון בכל מקום אחר בו הוקמה גדר ההפרדה הגנה לתושבי ההתנחלות כך שבסופו של דבר, לאחר אישור התכנית יהיה צורך בתפיסת קרקעות פרטיות לצורך הקמת מרכיבי ביטחון עבור אוכלוסיית המאחז. לפיכך נדמה כי מסמכי התכנית מחסירים מידע ומייצרים מראית עין של גבולות מובהקים כאשר הפגיעה בתושבים הפלסטיניים לא מופיעה במסמכי התכנית הזו בכדי להקטין ולצמצם את עומק הפגיעה שיש בתכנית זו

56. לפיכך על וועדת המשנה להתנגדויות לדחות את התכנית אשר לוקה בחסר בהיבט של מרכיבי הביטחון הן מנקודת המבט של תושבי ההתנחלות והן בהחסרת מידע על פוטנציאל הפגיעה שיהיה לבעלי הקרקעות הסמוכים מהצורך במרכיבי ביטחון אשר כעת נעדרים מהתכנית.

העדר הצדקה תכנונית

גשרים מרחפים מעל אדמה פרטית

57. כחלק מהניסיונות לאשר את הבנייה הבלתי חוקית שנבנתה באופן ספונטאני ולא מתוכנן, נעשים ניסיונות לחבר קרעי אדמה שנעשתה עליה השתלטות בכדי לייצר תכנית. אחד הניסיונות התמוהים, לשון המעטה, הוא יצירת יש מאין גשרים מרחפים מעל אדמה פרטית מחוץ לתחום השיפוט ללא אישור של המפקח על התעבורה ובלי בחינה מעמיקה של ההשלכות של מהלך כזה.

58. בכדי לייצר את המהלך המופרך של חיבור שטחים לא רציפים מחוץ לתחום השיפוט המינהל האזרחי התנדב להיות אחד ממגישי התכנית, שכן בסמכותו ליזום ולהגיש תכניות מחוץ לשטח השיפוט של המועצות האיזוריות של ההתנחלויות היהודיות בגדה המערבית. יחד עם זאת כפי שעולה מהדיון בוועדת המשנה

- להתיישבות שאישרה את התכנית להפקדה יש ספק מסוים, גם בתוך המערכת הזו, האם המהלך אפשרי מבחינת זכויות הקרקע.
59. עוד עולה מהדיון בוועדת המשנה להתיישבות כי אין לרעיון הגשרים המרחפים אישור סופי של המפקח על התעבורה. זאת ניתן ללמוד מדבריו של נציג תחבורה "זה נמצא בישורת האחרונה של אישור מפע"ת אך טרם יש אישור". כלומר למרות שמהנדסת המועצה טוענת שיש אומדנים לגשרים ולא מציגה אותם ולמרות שיש סוגיה משפטית לא פתורה בנוגע להיתכנות המשפטית של מהלך כזה ולמרות שאין עדיין אישור סופי של המפקח על התעבורה למהלך מופרך שכזה, וועדת המשנה להתיישבות מאשרת את התכנית להפקדה.
60. לכך יש להוסיף כי המדובר למעשה בהפקעה חלקית או מסויימת של הזכויות במקרקעין, הפקעה שגם נציג היועמ"ש עמד עליה במסגרת הדיון בוועדת המשנה להתיישבות בחודש פברואר 2022. הפקעה כאמור אסורה אם אינה נועדה לשרת את כלל האוכלוסיות בגדה, ובראש ובראשונה האוכלוסיה המוגנת ממנה הקרקע והזכויות בה אמורות להיות מופקעות (ראו בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' ממשלת ישראל [2010], פורסם בנבו).
61. בנוסף על האמור לעיל, הקמת הגשרים תיצור פגיעה בקרקע, בוודאי ביחס לצפיפות האמורה ולעובדה כי החלקות יהיו מוקפות בבינוי/ כבישים/ גשרים מכל עבריהן, באופן שיהווה מחסום של שמש, גשם ואוויר לגידולים חקלאיים ועשוי לגרום לפגיעה מאד משמעותית בבעלי הקרקע. נושאים אלה נפתרו בטענה כללית של אישור קמ"ט חקלאות, אולם לא ברור מה נבחן על ידו, האם הוגשה חוות דעת בעניין ואילו גידולים היא בחנה במרחב (הרוב הגדול כן דורש חשיפה לשמש ומרחבים נטולי הפרעה).
62. דברים אלה בולטים במיוחד היכן שחלק מהדרכים הדורשות את הגשרים מובילות לשטח שאין לו כל ייעוד הכרחי בדמות בינוי אלא הוא נותר שטח פתוח, ובוודאות אינו נדרש באופן מוחלט לצורך התכנית (הכוונה לתא השטח 1 ו-14).

התוכנית נעדרת הגיון תכנוני

63. התוכנית מבקשת להסדיר סטטוטורית את עשרות המבנים שנבנו בניגוד לחוק במאחז גבעת האבות ומבקשת לאשר בינוי נוסף, שמכפיל את גודלה של התנחלות האם אלעזר. המבנים שהוקמו במקום בניגוד לחוק אינם יכולים להיות נקודת מוצא לתכנון, אלא יש לפנות למבחן "המגרש הריק" – בהעדר הבינוי הלא חוקי במקום, האם ראוי היה לאשר שם תוכנית? לטעמנו התשובה לכך היא שלילית. ספק אם המנהל האזרחי היה יוזם תכנית במקום לולא היו מבנים בה מבנים בלתי חוקיים. כך שלמעשה כמו במקרים רבים מדי, פורעי חוק ולחצים פוליטיים מובילים את מדיניות התכנון של המנהל האזרחי.
64. המאמץ התכנוני שנעשה בכדי להכשיר את הבניה הבלתי חוקית הוא עצום ויצר א-נומאליות תכנונית קשה כפי שנכתב לעיל. הבינוי המפוזר לאורך כבישים ארוכים והקיטוע המרחבי שנגרם בשל שטחים פרטיים אינם מאפשרים ליצור מרקם יישובי אמיתי. ברוב השטח ישנו בינוי לאורך צד אחד בלב של הכביש, כך שאפילו לא ניתן לדבר על יצירה של רחובות אמיתיים, שלא לדבר על שכונות. התוכנית גם אינה מייצרת תנאים נאותים להליכה ברגל, שכן רוחבן של רוב הדרכים הוא 13 מטרים, מה שאפילו לא מאפשר יצירה של מדרכות רחבות ושתילה של עצי צל.
65. העדר הרציונאליות התכנונית והמופרכות של גבולות התכנית מייצרים מצבים אבסורדים בדמות גשרים מעל אדמות פרטיות. מהלך כזה רק מחזק את חוסר ההיתכנות של התכנית ומדגיח את עוצמת הפגיעה שלה שכן מדובר בפתרון שמעולם לא נעשה בו שימוש בתאי שטח כאלה, פתרון שאין בו כל הצדקה שכן המאמץ ליצור הוא חסר פרופורציה לתועלת שיש בו.
66. בנוסף, הבינוי המוצע אינו יכול להיחשב כבינוי צמוד דופן מבחינה מהותית. בינוי צמוד דופן אינו אומר התפרשות לכל עבר מתוך גבול משותף עם מרקם בנוי קיים, אלא הרחבה הדרגתית של מרקם קיים, תוך התכנסות ושמירה על השטחים הפתוחים מסביב. בקצה המערבי שלה, התוכנית אף כוללת שטח שיותר קרוב להתנחלות אלון שבות ושאר נכלל בתחום השיפוט שלה כחלק מהליך הכנת תוכנית 405/11. ההתפשטות

ממערב וממזרח ליישוב והבנייה של מבנים בני חמש קומות הולכות ליצור רצף בינוי בין נווה דניאל לאלון שבות על חשבון השטחים הפתוחים שבין היישובים ולהרוס את תבנית הנוף המיוחדת לאזור.

67. יתר על כן, התוכנית מבוססת על מערך דרכים בעייתי. ראשית, בחיבור בין אלעזר למאחז (כביש 5) יש מובלעת של שטח פרטי שלא מסומן גשר מעליה. בהעדר חיבור סטטוטורי לאלעזר, גם לא ניתן לדבר על פיתוח צמוד דופן. בנוסף, התוכנית אינה מציעה פתרונות להצרה הפתאומית בכבישים 20 ו-3, אשר קוטעת את המדרכה ואת רציפות התנועה של הולכי רגל.

מסמכים חסרים

68. התוכנית אינה כוללת מסמכים תכנוניים חיוניים לקבלת החלטות מושכלת בעניינה. עבור תוכנית בסדר גודל כזה, ראוי היה לערוך פרוגרמה ולהכין נספח ניקוז. בהעדר פרוגרמה, ועדת התכנון אינה יכולה לדעת שהתוכנית מספקת את צורכי הציבור של התושבים וכי היקף ההקצאות לצרכי ציבור מוצדק. כמו כן, בתוכנית בסדר גודל כזה מקובל לערוך נספח ניקוז. לכל הפחות, יש לבדוק שהנגר העילי שיווצר בעקבות התוכנית לא יגרום לנזקים לחלקות החקלאיות הסמוכות.

על הפרגמנטציה של אדמות הכפר אל האדר וקיבוע משטר הפרות הדין שאפיין את אל-חאדר – מהווה פרס ועידוד עבירות נוספות, וזאת בניגוד לדין הקובע כי על מוסדות תכנון להמנע מהכשרות בנייה בלתי חוקית

69. גם אם היה הדבר בין גדרי הסמכות של המפקד הצבאי, דבר שאנו שוללים מכל וכל, הרי עצם מיקומה של ההתנחלות החדשה (או למצער – הרחבת היישוב אלעזר), בלב שטח חקלאי בבעלות פלסטינית, יוביל בהכרח לפגיעה בבעלי אדמות.

70. האופן בו מופיעה התכנית, והפרגמנטציה של המתחם, יוצר מציאות הפוגעת בהומוגניות השטח, ובאופן וודאי תפריע ותמנע מהחקלאים הפלסטינים כל שימוש בחלקות שבבעלותם. בפועל, התכנית מבקשת לקבע את מצב מניעת הגישה שקיים במתחם הסמוך למאחז "נתיב האבות", למן שנות הקמתו, הפעם באישור של מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית.

71. מוסד תכנון חייב לשקול את ההשלכות של הקמת הדרך האמורה ולאן היא אמורה להוביל, בתוך שטח חקלאי, ובמיוחד כאשר מקבצי מגורים אלה נושאים על גבם חטורת בדמות הגבלות שונות אשר מגיעות באופן מובנה עם עצם קיומה של התנחלות ישראלית בלב שטח חקלאי פלסטיני.

72. מעבר לכך, לא ברור כיצד התכנית עשויה למנוע זליגה לאדמות פרטיות, רכוש פרטי של תושבים מוגנים שלבים של תושבי "נתיב האבות" גם ביחס אליהם, ורשויות אכיפת החוק באזור – בראש ובראשונה מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית – נמנעו ועדיין מנסות לעשות כל שביכולתן על מנת שלא לאכוף פגיעה זו.

73. בפועל, התכנית משרתת שני מרכיבים אידאולוגיים, אשר בינם ובין צורך אמיתי או הבטים תכנוניים אין דבר וחצי דבר. כבר בעת הקמת נתיב האבות, ראו פרנסיו כמטרה עילאית את ההתפרשות בשטח על מנת למנוע, להקשות, לפגוע ולנשל את האוכלוסיה הפלסטינית באזור.

74. המטרה האמיתית של הקמת המאחז נתיב האבות, עוד מקדמת דנא, הייתה השתלטות על שטח ככל שניתן ולכן, מבחינה אסטרטגית, סמי-צבאית, ולכן הוא הוקם במרחק משמעותי מהשטח הבנוי מתוך תקווה לסמן ולכבוש טריטוריה ולייצר השפעה על הסביבה.

75. כבר מראשיתה הבנייה במקום שאפה לייצר חיץ וכביכול למנוע בניה פלסטינית במרחב. ללא ספק המקימים היו מודעים לאי חוקיותה של הבנייה אך לא חששו מדבר. יתרה מזאת, הרציונאל העיקרי היה, כפי שמתאר זאת חנניה נחליאל מאבות המאחז, ומי ששימש ברבות השנים בתפקידים שונים כ-"רכז הקרקעות" של המועצה האזורית גוש

עציון, ובתפקידים שונים בחברת "אמנה" אשר עומדת מאחורי חלק גדול של הבניה הבלתי חוקית במאחז, לצד השתלטות והרחבת השטח ככל שניתן.

ממאחז לשכונה. בנתיב האבות, שנקראה על שם מיקומה מעל הדרך, פגשו את חנייה נחליאל, בעבר איש הקרקעות של גוש עציון ומקים השכונה. ב-1999, במסגרת עבודתו, נחשפו חנייה ועובדים נוספים במועצה לתוכנית לבניית ארבעה עשר חוות פלסטינאיות על שטחי סקר במרכז גוש עציון. החשש הכבד היה שהקמת החוות תבטר לכמה חלקים את הרצף ההתיישבותי של גוש עציון. הימים היו ימי ממשלת ברק, והניסיון לבטל את הקמת החוות לא הצליח באופן מלא. אנשי המועצה, ובראשם שאול גולדשטיין התגייסו למאבק בתכנית, ובין השאר הוחלט על הקמתה של השכונה, שקרקעותיה היו בסמיכות לשטחי אחת החוות המיועדות. חנייה שיתף אותנו מזיכרונות מימי הראשית, עת התיישב במקום לבדו וניסה לקבוע עובדות בשטח, ולהרחיב כמה שיותר את שטח השכונה המיועדת. לשאלת אחת המשתתפות על האופי היישובי של השכונה, שבבתייה היפים והגדולים כלל לא דומה למאחז סטנדרטי, ענה חנייה שתושבי השכונה קבלו החלטה אסטרטגית כבר מהשנים הראשונות- שכאן בונים מההתחלה בנייה של קבע. כך- יקשרו האנשים למקומם החדש, ותושבים שתקעו יתד ראשוני בקרקע אכן נשארו לשנים רבות. מבנה הציבור הראשון שנבנה בשכונה היה בית הכנסת, שבחודשים האחרונים עבר שיפוץ. כיום מונה השכונה 45 משפחות, ובה נמצאים מרבית עתודות הקרקע של היישוב אלעזר. בשכונה גם קיימת בריכה טיפולית. בשנים הראשונות קלטה השכונה תושבים חדשים רק מבחוץ, אך כיום נקלטים תושבים גם מאלעזר. מבחינה פרוצדוראלית מתפקדת 'נתיב האבות' כחלק מיישוב האם, אלעזר: התושבים משלמים מיסים ליישוב, וחברים חדשים שרוצים להשתקע בשכונה עוברים את וועדת הקליטה של אלעזר.

תיאור הקמת המאחז מתוך אתר בית ספר שדה כפר עציון³

76. המרכיב האידאולוגי השני נעוץ בהפרת החוק המופגנית והמתריסה שבוצעה ביחס למאחז במהלך כל שנותיו, ואילו כעת, התושבים של המבנים הבלתי חוקיים, עתידים לזכות בחלק מיחידות המגורים המתעתדות בבנייה, כפי שהוצהר בעבר על ידי רשויות האזור, המועצה האזורית ושאר הגורמים המעורבים בסאגה המביכה של המאחז "נתיב האבות".

77. תושבי המאחז לא בחלו בהקמת מבנים ללא היתר, לא אחת גם תוך הפרת צווים שיפוטיים של בית המשפט העליון, הם אף הרהיבו עוז ובנו חלק מהמבנים על אדמות פרטיות ופעלו בהם כבתוך שלהם. אותו דפוס אדנותי נמצא בבסיסה של המחשבה התכנונית שאותה מאמץ, ללא כחל ושרק, מוסד התכנון כאשר הוא נאות לקדם את התכנית שבנידון בניגוד לרציונאל תכנוני וללא כל הצדקה ממשית, ואף מוצא לנכון "להצטרף" (בדיעבד) ליוזמי ומגישי התכנית.

78. ידוע מראש כי לא נשקלו כלל ההשלכות של אישור המאחז ובעקבות כך הקמת התנחלות חדשה בלב אדמות חקלאיות ועל גבי אדמות חקלאיות. לשכת התכנון פתרה סיטואציות כאלה בדעיכה במקומות רבים. אך כעת כאשר היא יודעת את המשמעויות של אישור תכנית פיתוח של התנחלות ישראלית-יהודית בלב מרחב פלסטיני חקלאי עליה להימנע ככל שניתן מיצירת מצבים כאלה ולא ללכת שולל לאחר פורעי חוק אשר דוחקים בה לעקם את חוקי התכנון ואת עקרונות התכנון והמדיניות שהיא מתהדרת בה.

79. עמדת המתנגדים היא כי אישור התכנית – ואף עצם העלתה לדיון, מהווה פרס לעוברי עבירות ואישור של מוסד תכנון לשיטת פעולה עבריינית. חלק ניכר ממבני המאחז – מבני קבע גדלי ממדים, נותרים על כנם והתכנית פשוט "מתישרת" אל מול בנייה פרטיזנית, שחלקה אף בוצע תוך הפרת צווים שיפוטיים של בית המשפט העליון.

80. לאור ההיקף הרב של עבירות בנייה והרווח הכלכלי העצום הטמון בהן לעבריינים, גברה לאחרונה ההכרה בחשיבות של מרכיב ההרתעה בהחלטותיהם של מוסדות התכנון. הדבר מצא את ביטויו בין היתר בהנחיה מס' 8.11.50 של היועץ המשפטי לממשלה מה-24.1.2001, וביתר שאת בחוזר מנכ"ל משרד הפנים מס' 1/04 מה-8.1.2004, שם נקבע כדלהלן:

"מוסדות התכנון כולם, ובכלל זה הוועדה המקומית, חייבים לתת דעתם, בעת שהם דנים בתוכנית המיועדת להכשיר בדעיכה עבירות בנייה, את השיקול של אי עידוד עבריינות ולתת לו את המשקל הראוי במסגרת מכלול שיקוליהם לצורך קבלת החלטתם..."

³ <https://www.k-etzion.co.il/%D7%90%D7%9C%D7%A2%D7%96%D7%A8-%D7%99%D7%A9%D7%95%D7%91-%D7%A0%D7%94%D7%93%D7%A8-%D7%A8%D7%A9%D7%9E%D7%99%D7%9D-%D7%9E%D7%A1%D7%99%D7%95%D7%A8-%D7%9C%D7%90%D7%9C%D7%A2%D7%96%D7%A8-%D7%95%D7%9C%D7%A0%D7%AA%D7%99%D7%91-%D7%94%D7%90%D7%91%D7%95%D7%AA>

מרכיב ההרתעה בסוג עבריינות זו הוא מרכיב קריטי, לאור ריבוי העבירות והרווחים הכלכליים הכרוכים בביצוען. אישור תיקון או שינוי לתוכנית, בדיעבד, לשם הכשרת עבירות בנייה בוטות, משדר מסר שלילי לציבור ופוגע ביסוד ההרתעה שבאכיפה. יתרה מזו, לעתים קרובות, בלחץ העובדות המוגמרות, מאשרים מוסדות התכנון תיקונים ושינויים, שלא עולים בקנה אחד עם עקרונות התכנון הראוי, ושלא היו מתאשרים מלכתחילה. בכך ניתן עידוד לעבריינות וחוטאים יוצאים נשכרים...

במסגרת דיון במוסדות התכנון בתוכניות מסוג זה מוטלת חובה על מוסדות התכנון ליתן דעתם לנסיבות שהובילו לבקשה הנדונה ולתכליתה ולתת את המשקל הראוי, בין היתר, לאינטרס הציבורי המובהק שבאי-עידוד עבריינות כאמור. במסגרת זו יש כמובן לתת את הדעת, בין היתר, לחומרת העבירה, להיקפה ולהתנהגות העבריין ביחס לעבירה בה מדובר" (ההדגשה במקור).

81. תכלית ההנחיה המחייבת את מוסדות התכנון ליתן משקל ראוי לאינטרס הציבורי שבהרתעה נגד עבריינות בנייה נעוצה במידה רבה ברווחים הכלכליים הגדולים הטמונים בעבריינות מסוג זה. מידת ההרתעה המושגת תלויה אפוא תלות ישירה והדוקה בהיקף הנזק הכלכלי, שייגרם לעבריין עקב החלטתם של מוסדות התכנון בעניינה של תוכנית הגלגלציה שהגיש. כל החלטה שלא תדחה את מערכת ההנחיות, לא רק שאינה מרתיעה בינוי בלתי חוקי, אלא אף מעודדות אותו ומדרבנת את הישנותו.

82. ההלכות הנוגעות לבנייה בלתי חוקית והדרשותן של מוסדות התכנון התפתחו עד מאד בשנים האחרונות. פסק הדין המנחה ניתן בעניין עע"ם 65/13 הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ [פורסם בנבו ובאר"ש; פסק דין מיום 7/7/2013 להלן – "פרשת נאות מזרחי"], ובו נקבעו בין היתר הדברים הבאים, **ביחס לבנייה בלתי חוקית ולשיקולים הנדרשים בדבר בנייה בלתי חוקית, היכן שהוחלט לא לאשר תכנית מתאר הבאה להכשיר בנייה בלתי חוקית (הדגשות הוספו, ש.ז.):**

"כה. [...] אדרבא, דומני כי לא זו בלבד שמדובר בהחלטה סבירה, אלא שמדובר

בהחלטה הסבירה היחידה, החלטה המתחייבת בנסיבות העניין.

עסקינן בבנייה בלתי חוקית בהיקף של אלפי מטרים רבועים, שהחלה לאחר

הפקדת התכנית, באופן המעורר חשש עז כי נועדה להעמיד את רשויות

התכנון בפני מעשה עשוי. לא זו אף זו, אלא שהמשיבה המשיכה בבנייה

הבלתי חוקית גם לאחר שהוצא בעניינה צו הפסקת עבודות שיפוטי, עובדה

המלמדת אף היא על עזות מצח וזלזול בוטה בחוק וברשויות האכיפה. לכך

צריך להוסיף, כי המשיבה היא תאגיד עסקי, אשר צריך היה להיות מלווה

על ידי יועצים משפטיים; ברי כי הבניה הבלתי חוקית נועדה לשרת אינטרס

כלכלי מובהק שלה ואותו בלבד (גם אם קיימת מחלוקת בפועל בנוגע לשאלה

האם הופקו רווחים אם לאו). בנסיבות אלה, האינטרס בדבר ההגנה על

שלטון החוק גובר על השיקולים האחרים ומטה את הכף לחובתה של

המשיבה."

83. הנה כי כן, ההחלטה בגין דחיית התכנית עשויה להיות "**ההחלטה הסבירה היחידה**", אשר יכולה לחול היכן שהמדובר בבנייה בלתי חוקית בהיקף כה נרחב; באופן המעורר חשש כי זו נועדה להעמיד את הרשויות בפני עובדה מוגמרת; כי הבנייה הבלתי חוקית נמשכה גם לאחר שהוצא בעניינה צו הפסקת עבודות שיפוטי, של בית המשפט העליון של מדינת ישראל, עובדה המלמדת על עזות המצב וזלזול בוטה בחוק וברשויות האכיפה;

וכן כי החברה היוזמת אשר עמדה מאחורי חלק מהבניה הבלתי חוקית לכאורה, היא האגודה השיתופית אמנה ו/או חברת הבת שלה, בנייני בר-אמנה, היא תאגיד עסקי והבניה נועדה לשרת אינטרס כלכלי מובהק שלה ושל בעלי המניות שלה.

84. יוער, כי הנסיבות במקרה של התכנית נשוא התנגדות זו חמורות פי כמה מאלה המתוארות בפרשת **נאות מזרחי** וזאת בכמה מובנים :

ראשית, כפי שעולה מפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין, בפרשת **נאות מזרחי** הבנייה הבלתי חוקית החלה לאחר שהופקדה תכנית, כלומר לאחר שהייתה אפשרות תכנונית מינימלית לקידום הבנוי האמור. במקרה דן הבינוי החל לפני שהייתה כל ראשית תכנית פוטנציאלית להכשרת הבינוי שבוצע בסופו של יום, ושאותו מתבקשים מוסדות התכנון להכשיר כעת, ואף לפני שהייתה הכרזה על נתיב האבות כנקודת יישוב ולפני שהיה קיימתחום שיפוט להתנחלות. כלומר, עזות המצח של הבונים בשילוב העובדה כי הבנייה מטעמם, לרבות תוך הפרת צווי הביניים של בית המשפט העליון, נועדה להעמיד את מוסדות התכנון בפני מצב עשוי בחלקו או ברובו, הינה חמורה הרבה יותר בנסיבות מקרה זה.

שנית, כפי שעולה בפרשת **נאות מזרחי בע"מ**, הרי שבמקרה דשם במקביל להליך התכנוני, בו נקבע כי יש לממש את צווי ההריסה, הרי שההליך הפלילי מוצה מול הגורם העברייני (כאשר נסיבות העבירות שם היו מקלות יותר ביחס לגורמים המעורבים בבניה הבלתי חוקית במאחז), באמצעות כתבי אישום, שבסופם הושת על החברה העבריינית קנס בסך של 1,700,000 ₪, וכן תשלומים נוספים, כך שבסך הכל העלות במובן הפלילי של עבירותיה הסתכמו ביות מ-2 מיליון ₪! וכאילו לא די בכך, כפי שקבע בית המשפט הנכבד בע"מ 65/13 הנ"ל, **העובדה כי מוצה ההליך הפלילי, אין משמעותו כי אין מקום לאכוף את צווי ההריסה שהוצאו כדין לגורם מפר, אשר פעל בזלזול כלפי רשויות אכיפת החוק ופעל מתוך מניעים כלכליים טהורים ואינטרסים מסחריים צרים.**

משכך, ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בפרשת נאות מזרחי חלה ביתר שאת במקרה דנן, ויש לדחות על אתר את עצם הגשתה של התכנית האמורה.

85. בפרשת **נאות מזרחי** קבע כב' השופט סולברג כי עתירות מצד מי שעשה דין לעצמו אמורות להדחות על הסף, והדבר מהווה לרועץ ולא להוות יתרון במסגרת הליך משפטי (הדגשות הוספו, ש.ז.):

1" [...] אין להפוך את היוצרות: תכנון תחילה, ובנייה אחר כך. אסור שבנייה בלתי-חוקית תהא מקדמה על מנת לאלץ בדיעבד את הכשרתה. המסר שצריך להנחיל הוא כי בנייה בלתי-חוקית רהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו; עליה להיות לו לרועץ, לא ליתרון.

[...]

4. גבי דידי, מוטב היה לה, לעתירתה של נאות מזרחי בע"מ, **להידחות על הסף עוד בשערי בית משפט קמא. נאות מזרחי בע"מ פשלה בעשיית דין עצמית, בבנייה בלתי-חוקית, עברה על החוק בעניין נושא העתירה, ביקשה להעמיד את מוסדות התכנון בפני עובדה מוגמרת, לצורך רווח כספי. אין הצדקה להושיט סעד למי שבא בחוסר ניקיון כפיים שכזה, וראוי היה עוד מלכתחילה לסלק את העתירה על הסף."**

86. הדברים אך מצטרפים לדברים שנקבעו על ידי כב' השופט (בתוארו אז) ריבלין, בפסק הדין בעניין רע"א 1054/03 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' בדיחי (פורסם באר"ש; פסק הדין מיום 8.6.2003, הדגשות הוספו, ש.ז.):

"שימוש בלתי חוקי בנכס אינו מצמיח זכות להמשך שימוש שכזה. אדם אינו יכול לקנות לעצמו זכות להפר את החוק מכוח העובדה שהרשות לא הקפידה לאכוף אותו. אין להשלים עם הפרה בוטה של דיני התכנון והבניה ושל דיני רישוי העסקים. יתכן שאוזלת היד של הרשויות באכיפת דינים אלה ראויה לגנאי, אך אין להשלים עם מצב בו יתמרצו דיני פסיקת הפיצויים בגין הפקעה להפר את דיני התכנון והבניה, ואת דיני רישוי העסקים, ויתגמלו את מפרי החוק. אשר על כן, יש לקבוע כי למשיבים לא הייתה כל זכות להפעיל עסק בנכס שהם בעליו, ולכן אין גם כל הצדקה למתן פיצוי על הפגיעה בזכות זו בעקבות ההפקעה."

וראו עוד לעניין זה פסקי הדין הבאים: ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי ואח', פ"ד מט (1)463; בר"מ 3903/07 ג'יאן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה (טרם פורסמה, 21.2.2008)

87. דברים אלו, המתייחסים לפיצויים בגין שימוש בלתי חוקי בקרקע, מקבלים חיזוק היכן שנדרשת קבלת חזקה בקרקע אליה נעשתה הפלישה ובה נעשה השימוש בניגוד לחוק.

88. עמד על כך בית המשפט המחוזי בתל אביב במסגרת עת"מ (ת"א) 4145-11-11 אלעד ישראל מגורים בע"מ נ' וועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ובנייה (פורסם בנבו; פסק דין מיום 13/5/2013), עת קבעה כב' השופטת מיכל רובינשטיין את הדברים הבאים:

"45. יזמים ואנשים פרטיים רואים לנגד עיניהם את הרווח הפוטנציאלי העצום שיוכלו להפיק מבנייה בלתי חוקית – ומתפתים לרמוס את החוק על מנת להשיגו. במקום לעבור הליך מסודר ותקין של הגשת בקשה למוסדות התכנון והתחלת בניה לאחר קבלת אישור, במקרים לא מעטים הסדר מתהפך – קודם בונים ואז מבקשים. התנהלות זו מקורה בהנחה שלאחר השלמת הבנייה יהיה קיים קושי בהחזרת המצב לקדמותו וכך יאלצו הרשויות להיענות לגחמות העבריינים. אך ברי, שגם במידה ומעשה העבירה "יולבן", עלבוננו של שלטון החוק יוותר בעינו. הפגיעה בו לא תירפא על ידי אישור הבנייה – אלא הכשרת השרץ עלולה להביא לפגיעה כפולה ומכופלת. שכן, הסכמה והשלמה עם עבריינות, תחת מלחמה וענישת העברייני, תביא למצב של "חוטא יוצא נשכר", תיפגס באמון הציבור ברשויות ובתי המשפט, תכרסם בהרתעה ותעודד ביצוע מעשי עבריינות. יש בה אף מסר ציבורי שלילי כלפי האזרחים שומרי החוק – שבנקל יוכלו להסיק כי דווקא רומס החוק קוצר רווחים שלא ניתן להשיג בדרך הישר."

89. כפי שקובעת כב' השופטת רובינשטיין במסגרת פסק הדין בעניין אלעד מגורים, וזאת על בסיס סקירה של פסקי הדין והלכות בית המשפט העליון, כי אינטרס שלטון החוק הינו האינטרס הראשון והעיקרי אותו יש לבחון במסגרת הכשרה בדיעבד של בניה בלתי חוקית (פסקה 42 לפסק הדין). בהקשר זה, יש לתת את הדעת למספר קווים מנחים, ביניהם ניתן למנות את אלה:

(א) **חומרת העבירה** - כאשר עסקינן בבנייה בלתי חוקית רחבת היקף, "הלבנת" מעשה העבירה מביאה לרווחים גבוהים לעבריין, עוצמת המסר השלילי גדל והפגיעה בתקינות המערכת התכנונית היא משמעותית. לכן, ככל שהתכנית נועדה להכשיר עבירות בנייה חמורות יותר, כך גובר משקלו של השיקול השמירה על שלטון החוק. **בנסיבות של עבירות בנייה חריגות, ניתן לדחות את התכנית על בסיס שיקול זה בלבד. בהקשר זה, ברי כי המדובר בעבירות בנייה משמעותיות מבחינת היקפן ותוכנן, תוך שהן מתמשכות, אשר כוללות אף הפרה של צו שיפוטי של בית המשפט העליון של מדינת ישראל.**

(ב) **ההצדק התכנוני** - פרמטר זה בוחן אם התכנית עולה בקנה אחד עם מדיניות תכנונית ראויה במובנה הפיסי והאם אישורה יהיה **לתועלת הציבור הרחב**. ככל שלתכנית הצדקה תכנונית רבה יותר במובן הפיסי, תגבר הנטייה לאשרה, גם אם היא נועדה להכשיר עבירות לא קלות. בהקשר זה ייטען, כי מעבר לשלל טענות המתנגדים בכל הנוגע לאי ההיתכנות התכנונית והמשפטית כפי שהוצג לעיל ויובא עוד בהמשך כתב ההתנגדות, הרי שבעבר מעולם לא יועד השטח למגורים, אלא היה מיועד לצורך חקלאי. משכך, ייעוד הקרקע המקורי לפי תכנית המתאר המנדטורית כן אמור לשרת קהילות רחבות יותר, ובפרט הקהילות המיוצגות על ידי המתנגדים והמתנגדים עצמם, בעוד שהתכנית והאופן בו היא תשרת את האוכלוסייה באזור באופן מובהק תיטה לטובתה של קבוצה קטנה ומיוחסת, הניזונה מפעילות עבריינית, ומנוגדת לדין הבינלאומי, בניגוד לדין החל באזור.

(ג) **הפעולות שננקטו על ידי הרשויות** - במסגרת קריטריון זה, נבחן האם ננקטו הליכים פליליים כנגד העבריניים, ומה הייתה תוצאתם. מטבע הדברים, כאשר הרשות נמנעה מלפעול גם במישור זה, המסר שבהכשרת הבנייה שלילי יותר. ברם, כפי שנקבע שם, עובדת ההליכים הפליליים שננקטו נגד החברות לא סייעה להם לאור חומרת ההליכים. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, אין פרמטר זה עומד באופן שווה ביחס ליתר השיקולים, הן משום שבהחלט מתקבל על הדעת שתוטל על העבריין סנקציה במישור הפלילי, אך לאור הרווחים שיגרונף כתוצאה מהכשרת העבירה הוא יצא עם תאוותו בידו והן משום שמירה על שלטון החוק היא בעלת חשיבות ציבורית כללית וקיימת גם מקום שהעבריין לא הפיק רווח מהעבירה. בהקשר זה, נשוב ונציין כי לא בוצעה כל סנקציה שהיא נגד הגורמים המעורבים בבנייה, ואלה המעורבים בבנייה הבלתי חוקית, אם לא למטה מכך, בדמות חסינות דה-פקטו שניתנה להם מפני העמדה לדין פלילי חרף ראיות ברורות וחד-משמעיות לביצוען של העבירות השונות (הגם שכפי שראינו, סנקציות כאמור אין בהן כדי להעניק "פטור" או מחילה במקרים של בניה בלתי חוקית דוגמת הבניה נשוא מערכת ההנחיות האמורה).

90. כל הפרמטרים הללו, כפי שהופיעו בפרשת **נאות מזרחי** וכן בפרשת **אלעד מגורים**, חלים בענייננו, ואף ביתר שאת - הגורמים העומדים מאחורי הבניה הבלתי חוקית, בין אם זו הוועד המקומי אלעזר, האגודה השיתופית אמנה ו/או המועצה האזורית כוש עציון - פעלו כולם על מנת להעמיד את הרשויות בפני עובדה מוגמרת: מעולם לא הוקצתה לגורמים אלה הקרקע על ידי הבעלים עובר להתחלת הבנייה; מעולם לא ניתן לחברה היזמית היתר בנייה להתחיל במפעל העבריינות שלה; נהפוך הוא - חרף העובדה כי הובהר כי הבנייה אסורה, המשיכה זו, ואף הגבירה את קצב עבודתה לאחר שניתן צווי ביניים של בית המשפט העליון (המנהל האזרחי אישר זאת לא אחת במסגרת תשובות שניתנו למשל במסגרת בגץ 5480/15). כל זאת, על מנת לנסות ולהעמיד את הרשויות בפני עובדה מוגמרת. זאת אין לקבל. דחיית התכנית היא, כדבריו של כב' השופט רובינשטיין, **"האפשרות הסבירה היחידה" הקיימת בנסיבות אלה.**

91. חומרה מיוחדת ניתן לראות בכך כי התכנית עצמה 'שותקת' ביחס להיותה כזו המבקשת להסדיר בניה בלתי חוקית בדיעבד, ואף בדיונים המקדימים בפני וועדת המשנה להתיישבות, אין כל התייחסות פרלימנארית לסוגיה זו ובחינת ההצדקה הראשונית כלל לקיומה של התכנית לאור עבירות הבניה האמורות.

92. בפועל, התכנית מתיישרת אחד לאחד לפי דפוס הבניה הבלתי חוקי, וביחס למבני הקבע הבנויים כרגע אין התייחסות להריסה לאף אחד מהם. כלום ייתכן שזוהי תכנית סבירה? כלום לא ניתן לראות כי מידותיה של התכנית המוצעת 'נתפרו', בתפרים גסים במיוחד, למידותיה של הבניה הקיימת בשטח? בהקשר זה נבקש להפנות לפסק הדין בעע"ם 5137/08 אלבז נגד הוועדה לנושאים תכנוניים עקרוניים של המועצה הארצית [פורסם באר"ש ביום 14.10.2010], אשר קבע בין היתר כי "השיקולים התכנוניים אינם יכולים ואינם צריכים לרוץ" אחר כל בנייה בלתי חוקית בשטח, בבחינת תכתיב ואילוץ שעל הרשות להתחשב בו בכל מקרה."

93. דברים אלה מובאים בבחינת למעלה מן הצורך שכן פסק הדין בעניין אלבז ניתן בשנת 2010, ומאז ההלכה הדומיננטית והעדכנית בתחום הינה זו העולה מפסק הדין בעניין עע"ם 65/13 נאות מזרחי, משנת 2013, אשר הוזכר לעיל.

94. זאת ועוד – העובדה כי התכנית אינה מתייחסת כלל לבניה בלתי חוקית אשר "משלימה" את התכנית, למשל בתחום הכבישים או התשתיות, הרי שהכבישים המופיעים בתכנית מתחברים בפועל לדרכים שנפרצו באופן בלתי חוקי, ואף עוברות על אדמות שהגורמים הרלוונטיים אינם רואים בהם אדמות ציבור אלא דווקא אדמות פרטיות. התכנית והחלטות הוועדה אינן מתייחסות אליהן, ודרכים אלה מתחברות באופן טבעי כמעט לאותן דרכים בלתי חוקיות. התעלמות התכנית מסוגיה זו והתעלמותה של וועדת המשנה להתיישבות מסוגיה זו, מובילה לכך כי בפועל יש השלמה של מוסדות התכנון עם העובדה כי דרכים אלה משרתות כעת ואף ישרתו בעתיד את תושבי ההתנחלות.

95. הדבר אף ונגע לדרכים קיימות כיום (למשל דרך 5 ודרך 6), אשר אינן מיועדות להריסה, חרף העובדה שהן עוברות על גבי מקרקעין פרטיים.

לשיטת המתנגדים, על הוועדה לקבוע באופן גורף כי כלל הבניה הבלתי חוקית, לרבות זאת אשר אינה נכללת בתחום התכנית, אך משרתת אותה, לההרס קודם לאישור התכנית; כמו כן, כי יוצבו חסימות ביחס לדרכים אשר חורגות מתחום התכנית המאושרת, וכי אין כל מקום לאשר דרכים אשר מתחברות ועתידות לעשות שימוש בדרכים בלתי חוקיות הקיימות כרגע בשטח. הדבר הנו אך מתבקש היכן המאחז נתיב האבות הוקם על אדמות מחוץ לתחום השיפוט שהוקצה למועצה האזורית, וכפי שבית המשפט העליון קבע, בבג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון ואח' [פסק דין מיום 25/12/2016], שאלת אכיפת החוק ביחס לבניה בלתי חוקית על אדמות פרטיות של תושבים מוגנים אינה תלויה בעתירה זו אחרת או בעותר זה או אחר. מוסד תכנון, אשר מבחין בבניה בלתי חוקית כה ענפה, אינו יכול להתעלם ממנה, בייחוד כאשר בפועל היא מהווה חלק אינטגרלי מהתכנית אותה הוא מתבקש לאשר.

96. מוסד תכנון אשר מתבקש לאשר בניה בלתי חוקית, חייב לבחון, לשיטת המתנגדים וכן בהתאם לפסיקותיו הענפות של בית המשפט הנכבד, את שלל הבניה הבלתי חוקית הקיימת במתחם, ולתת עליה את הדעת. עצימת עיניים ביחס לשלל הפרות הדין המתקיימות באזור הקונקרטי, חוטאת למטרות הקיום של מוסד תכנון ואינה מאפשרת תכנון ארוך טווח המבוקש, אלא לכל היותר השלמה עם טלאים של בינוי בלתי חוקי.

97. אכן, כפי שעולה מפסיקות בית המשפט העליון, קיימת אפשרות להכשרת בנייה בלתי חוקית באמצעות מוסדות התכנון, אולם הכשרה זו הינה לעולם החרגי, בעוד שהכלל מבכר אכיפה של הבינוי הבלתי חוקי, ולהימנע ככל האפשר מלהעניק פרס למפרי החוק.

98. בכל הכבוד הראוי, במסגרת הדיון המקדים לא הועלתה אף ראשית טענה המצדיקה את הכשרתה של הבנייה בדיעבד. הנושא לא נדון כלל ועיקר ולא נטענה כי קיימת הצדקה לחרוג מהכלל המורה כי אין להכשיר בדיעבד. אין כל התייחסות בדיון המקדים כי חלק מהבניה המבוקשת להכשרה בדיעבד בוצע תוך הפרה של צו ביניים

וצוים שיפוטניים נוספים שהוצאו על ידי בית המשפט הנכבד. העובדה כי המאחז "נתיב האבות" כולו ובפרט חלק מסויים מהמבנים נולד והתבסס תוך יריקה בפרצופו של שלטון החוק, נעלמה ונאלמה הן ממסמכי התכנית והן מההחלטה הראשונית של מוסדות התכנון, בניגוד להוראות כל דין ופסיקת בית המשפט העליון.

99. אך לפני שנים ספורות, בחודש ינואר 2016, פרסום הצוות שהוקם על ידי היועץ המשפטי לממשלה להתמודדות עם תופעת הבניה הבלתי חוקית, את ממצאיו. אחד החסמים המרכזיים להתמודדות עם הבניה הבלתי חוקית הפושה מכל עבר – ותחום השתרעותה של בית אל מהווה דוגמא מובהקת לכאוס תכנוני והפרות דיני התכנון והבניה באופן קולוסאלי – הוא הכשרות בניה בלתי חוקית בדיעבד.

100. הצוות התייחס באריכות לסוגיה זו, וקבע בין היתר את הדברים הבאים:

85. כפי שפורט רבות לעיל, בישיבות הצוות התחדד רבות הקושי ביצירת הרתעה ממשית וקיום אכיפה יעילה נגד בניה בלתי חוקית. אחד החסמים המשמעותיים הפוגעים בשלטון החוק ובהרתעה היעילה בהקשר זה הוא קידומן של תכניות מכשירות לבניה בלתי חוקית אשר רשויות החוק פועלות נגדה במרץ לאורך זמן. השלכותיה של פרקטיקה זו, מעבר להכשרת העבירה כשלעצמה ולמסר שיש בכך לעברין עצמו ולסביבתו, הן פגיעה במוטיבציה של מערכת האכיפה לפעול נגד הבניה הבלתי חוקית. ודוק, מלבד הוצאת הרוח ממפרשי האכיפה, גורמת התנהלות זו לבזבוז של משאבים על מטרה שלבסוף נזנחת. הצוות דן במספר דוגמאות אשר בעניינן התנהלו הליכים משפטיים במשך שנים רבות, ואף נעשו ניסיונות לבצע או בוצעו בפועל צווי הריסה בסיוע משטרתי, כאשר בסופו של דבר הוגשה והופקדה במוסד התכנון הרלוונטי תוכנית המשנה את ייעוד הקרקע ומאפשרת בניה במקום (כמובן שבכפוף להוצאת היתר בניה).

101. ובהמשך, קבע הצוות את הדברים הנכוחים הבאים, המחייבים הכנת חוות דעת של היועץ המשפטי של מוסד תכנון אשר יסקור את הפרות הדין שבוצעו במתחם המיועד להכשרה:

88. הצוות סבור כי יש לפעול להטמעת הלכות ביהמ"ש העליון והנחיית היועץ בעניין במוסדות התכנון בכל הרמות. על מוסד התכנון להפנים שיקולי אי עידוד עבריינות בניה, אשר במקרים המצדיקים זאת, אף יכולים להוות עילה יחידה לדחיית התכנית. נוכח החדשנות שביישום ההלכה, ממליץ הצוות כי מקום בו מוגשת לוועדה המחוזית תוכנית הכוללת הכשרת בניה אשר התנהלו נגדה הליכי אכיפה, תידרש חוות דעת של היועץ המשפטי של מוסד התכנון, ובה התייחסות לחומרת העבירות ולדרך התמודדות העברייני עמן. חוות דעת זו תעזור למוסד התכנון בקביעה האם המקרה הנדון הוא מקרה המצריך או שמה אף מחייב דחיית התכנית.

102. ניכר כי מוסדות התכנון באזור צריכים לאמץ מודל זה, ולקבוע כי עובדת קיומו של בינוי בלתי חוקי נרחב בשטח, לבדה, מצדיקה את דחיית התכנית האמורה. המדובר בבנייה בלתי חוקית המפוזרת על פני מספר חלקות בשטח התכנית, ואי אפשר לראותה כבניה בלתי חוקית 'מינורית', אלא ככזו הבאה להציב תמונת מצב עובדתית בפני מוסדות התכנון, ולכפות עליהם לאשר בדיעבד את נוכחותם בשטח. הדברים אף עולים במפורש מחלק מעדויותיהם של פרנסי המאחז ברבות השנים.

103. די בסיבה זאת לבדה, על שלל הנימוקים המופיעים לעיל, כדי לדחות על הסף את התכנית, ומרגע שזו אושרה לדיון – אין כל החלטה סבירה אחרת בנסיבותיו של מקרה זה למעט לדחות את התכנית האמורה.

104. לסיכום חלק זה: התכנית נשוא התנגדות זו נועדה להכשיר בניה בלתי חוקית, אשר בוצעה בניגוד לדיון ותוך הפרה של צווים שיפוטיים. המדובר בבנייה בלתי חוקית שנועדה למען רווחתה של אגודות שיתופיות שונות ו/או חברה בע"מ, ולהגשים את האינטרסים המסחריים שלה, תוך רמיסת הדיון ונסיון להעמיד את מוסדות התכנון בפני עובדה מוגמרת. מעבר לכך שהמדובר בבניוי המשתרע על אלפי מ"ר, ומשכך אין המדובר בעבירות בנייה 'מינוריות', הרי שנגד המבצעים לא ננקטה סנקציה – פלילית או אחרת, מצד הרשויות, וזאת חרף ההפרה הבוטה של צווי בית המשפט העליון. לא הוצג כל טעם האם וכיצד קיים ערך לציבור הרחב מהבניוי האמור, לא כל שכן לבעליהם של המקרקעין.

אחר כל אלה

105. כפי שפורט בהתנגדות זו, קיימים טעמים רבים אשר מצדיקים את ביטולה של התכנית על הסף ולגופה. האופן שבו היא הוכנה, שינויי העמדה התכופים והגשתה על ידי המועצה האזורית למוסדות התכנון טרם קבלת ההרשאה לתכנון; התעלמות מסוגיית תחום השיפוט, והתגייסות המגושמת של לשכת התכנון להצטרף לכך; יחד עם שורת הפגיעות בזכויות הפרט של תושבים פלסטינים מחד גיסא אל מול ההתבטלות וההתעלמות מבניוי בלתי חוקי נרחב, אינם מאפשרים את הגשתה של התכנית, לא כל שכן אישורה.

106. זאת, מעבר לשלל הטענות כי בפועל למפקד הצבאי אין סמכות להורות על הקמת ההתנחלות החדשה ולעשות שימוש באדמות פרטיות לצורך זה, כפי שפרטנו לעיל.

107. בהקשר זה לא נוכל לסיים את כתב התנגדות זו בהתייחס לשני נתונים קריטיים הנוגעים לתכנית:

(א) האחד, הוא רתימת עגלת התכנון עוד טרם הובהרה והוכרעה הסוגיה הקרקעית (או כלשנו של נציג יועמש איוש – הקרקעינית). ברי כי אם יתקבל ערר 1580/22 ברובו או כולו או בחלקו, הדבר עשוי להשליך על התכנית, ואולי אף בהיבטים קריטיים. אין כל אפשרות לתכנן עבור יישוב ישראלי – אשר מטבע הדברים תאסר כניסת פלסטינים לתחומו בהתאם להוראות הדיון – היכן שהוא עשוי לכלול מקרקעין פלסטינים בתחומו. לא בכדי עמד על כך יועמ"ש איוש במסגרת הדיון בפני וועדת המשנה להתיישבות, וכך הוא הנוהל הקבוע במקרים מסוג זה – שכן כל פעולה אחרת עשויה להוביל לצורך לתכנן מחדש על בסיס ההכרעות בעררים.

(ב) ההבט השני הוא העובדה שבצעם קידום התכנית, מבקשים לרתום את כרכרת הקצאת המקרקעין עצמם כמטרה המסומנת מראש. שכן, הרי ברור כי אין בכוונת המועצה האזורית גוש עציון (והלכה למעשה – גם לא בכוונת לשכת התכנון) לפעול לרווחתם של תושבים פלסטינים. אמנם, טרם בוצעה הקצאה של הקרקע ואין כל החלטה מנהלית בעניין, אולם מטרתה של התכנית באם תאושר היא להוביל למצב בו המקרקעין יוקצו באופן אוטומטי ואינהרנטי למועצה האזורית ו/או לתושביה. בכך, כל פעולה המקדמת את התכנית כבר כעת, עשויה להוביל לתוצאה פוגענית ומפלה מול תושבים פלסטינים במרחב – ובפרט תושבים בעלי זיקה קרקעית חזקה יותר מהתושבים הנוכחים או עתידיים ביחס למקרקעין, וכן להפרת הדיון והעמקת ההפלייה בהקצאת מקרקעין במתחם כפי שאף בית המשפט העליון עמד עליה. מהכרותנו עם חלק מהגורמים המעורבים בתכנית ו/או באישורה, אין לכחד כי זו מטרת העל של המהלך האמור.

משכך, עמדת העותרים היא כי בטרם יקודמו הליכים נוספים הנוגעים לתכנית, יש להמתין להכרעה חלוטה בעניין העררים הנוגעים למקרקעין – לכל הפחות מקרקעין המצויים בתחומי התכנית או נושקים לה.

106. ככל שיקויים דיון בהתנגדות זו, נבקש לזמן את הח"מ ואת המתנגדים לדיון לצורך הגשת התנגדותם, לאחר תיאום עמו של מועד הדיון בהתנגדות.
108. מובן, כי אין באמור בהתנגדות זו או בשאינו אמור בו כדי להוות ויתור במפורש או מכללא על כל טענה העומדת למרשי או למי מתושבי אל חאדר על פי כל דין, במסגרת כל הליך משפטי או אחר בו יבקשו לנקוט או כזה התלוי ועומד.
109. מובן, כי אם יתקבלו שאר המסמכים הקיימים או העתידיים הנוגעים לתכנית או למסמכים קשורים בה, מרשיי שומרים על זכותם להרחיב את ההתנגדות ולהוסיף עליה או לתקנה במידת הצורך.
110. ככל שלמי מהגורמים המעניינים בהתנגדות ודנים בה דרושים מסמכים נוספים הנזכרים או עליהם ממסמך זה, אבקשכם לפנות למשרד הח"מ ונעבירם ללא דיחוי.

בכבוד רב,



שלומי זכריה, עו"ד

שלומי זכריה, משרד עריכת דין

Shlomy Zachary, Law Offices

12th David Hachmi St., Tel Aviv-Jaffa, 6777812

Tel: ++072(0)3.5275273

Fax: ++072.153.3.527527

רח' דוד חכמי 12, תל אביב-יפו, 6777812

טלפון: 03.5275273

פקסימיליה: 153.3.5275274

Shlomy Zachary, Adv.

Lior Zur, Adv.

שלומי זכריה, ע"ד

ליאור זור, ע"ד

21-02-2023

מבלי לפגוע בזכויות

לכבוד:

אדרי נטליה אברבור,

י"ר מועצת התכנון העירונית,

באמצעות פקסי: 02-9977356,

טל: 02-9977356/056

ובאמצעות דוא"ל: planmine@ctvladm.gov.il

אלי"מ אלי לברטוב

יועץ משפטי

באמצעות פקסי: 077-4701860 / 076-5399689

טל: 02-9977071

ובדוא"ל: yoavvosh@idf.il yoavvosh@gmail.com

הנדון: דיון במסגרת מועצת התכנון העירונית – ועדת משנה להתיישבות

בעניין תכנית 404/2 יו"ש לעניין אלעזר

בשם מרש"י, ראש מועצת הכפר אל האדר, מר אברהם חוסיין דאד מוסא; וכן תושבי הכפר אל האדר, מר עלי מוחמד עיסא מוסא; מר מוסא עיסא חמדאן מוסא; הגב' סוהייר אסמעיל עלי פראגי; הגב' מרים אסמעיל עלי מוסא; מר רבחי חוסיין מוחמד סאלח; מר עלמר עבד מוחמד מוסא; מר מוחמד עלי סלים מוסא; מר מלייר חוסיין חסן מוסא; מר חסן מוחמד אחמד מוסא; מר סלימאן אחמד מוסא; מר חסן אחמד אחמד מוסא; מר בישאר מוחמד אחמד מוסא; מר עלי מוחמד אחמד מוסא; מר עלי מוחמד אחמד מוסא; מר עלמר מוחמד מוחמד עסאן; מר יאסין מוחמד עלד-אללה דעלו; מר אברהם מוחמד מוסא דעלו.

שלום רב,

1. הובא לדיון מרש"י שבביתר, ראש מועצת הכפר אל-ח'אדר ותושבי הכפר כמפורט למעלה, כי בימים הקרובים עתידה להצטרף לדיון במני ועדת המשנה להתיישבות במועצת התכנון העירונית, התכנית שבביתר, אשר מן שפועלה לקידומה והגישתה אותה הינה המועצה האזורית גוש עציון.
2. כפי שיומחר הן, ועדת מרש"י הינה כי לא ניתן כלל לקדם את התכנית האמורה בשל שורה של כשלים מבניים ומשפטיים.
3. ראשית, לא ברור כיצד כלל המועצה האזורית גוש עציון יכולה להגיש לידו מוסדות התכנון את התכנית, וכיצד התכנית כלל עברה בחינת תנאי סף, עת רובה הנדון של התכנית אינו מצוי בתחום שיטח השיפוט המוניציפלי (יצו אסוף מיישובי).
- כך, בהתאם לסעיף 13 לדיני התכנון והבניה באזור, הוא חוק בדבר תכנון ערים, כפרים ובנינים מס' 79 משנת 1966, תכנון ניתן לקדם רק במה שהוגדר כ- "מרחב תכנון".
- בהתאם, על פי סעיף 2 לצו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות) (הודעה והשומרון), התשס"ח-2008, מרחב תכנון יכול להיות רק בשטחים המצויים בתחום שיפוט של מועצה אזורית או מקומית.
- השיטח מוסא התכנית, אינו מצוי כלל בתחום השיפוט של המועצה האזורית גוש עציון, כפי שהדבר מצוי בסמכותו של מפקד הצבאי באזור, אשר טרם עדיין את תחום השיפוט האמור.
- משכך, מועצה אזורית גוש עציון לא הייתה יכולה כלל לקדם היכי תכנון ביחס למתחם האמור ולהגישם למוסדות התכנון. די בכך כדי להוביל למחיקתה של התכנית האמורה.
4. שנית, מבחינת המעמד הקרקעי של המתחם לבני חומות התכנית, הרי שזה טרם הוכרז והוא עדינו תלוי ועומד במסגרת ועדת העררים הצבאית הפועלת מתוקף צו 172 לשטחי האזור. משמע, חלק

מהמקרקעין עליהן משתרעות התכנית, מנמדם הקרקעי ככל לא הוכרז עדיין וקידום תכנית מתאר עבור יישוב ישראלי ביחס למקרקעין אשר עשוי להסתבר בסופו של הליך בפני ועדת הערים שהם בגדר מקרקעין פרטיים של תושבים פלסטינים, עמל מוקר כלל את התכנית בכללותה, שכן לא ניתן כלל לתכנן עבור יישוב ישראלי במסגרת מועצה אזורית ישראלית, בטח המצוי על מקרקעין פלסטינים.

בהקשר האמור ייאמר כי חלק מהחלקות שוליהן מצויים מרכיבי התכנית, הן להבנתן חלקות שכלל לא נכללו בהכרזה על מקרקעין כרכוש ממשלתי, וגם בכך קיימת מניעה מובנית בקידום תכנית זו.

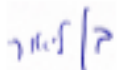
5. שלישית, לא ברור כלל כיצד המועצה האזורית הגישה את התכנית לידי מוסדות התכנון עוד בחודש אוגוסט 2022, עת הפרסום בדבר כוונת הרשאה לתכנון, פרסם קראשונה רק בחודש נובמבר 2022, ואילו פרסם מחדש במהלך חודש ינואר 2023, עם תקופת ביניים במסגרתה הרשאה כלל אינה בתוקף. מצב הגשת התכנית על ידי המועצה האזורית נוש עניין לידי מוסדות התכנון בחודש אוגוסט 2022, מוצעה מבלי שהייתה מורשית לכך כלל וניקר לזאת מנובך לעובדה כי המדובר בתחום אשר אינו מצוי בתחום טיח השיפוט של המועצה האזורית, כמפורט לעיל. משכך, על פניו נצט גם הגשת התכנית על ידי המועצה האזורית הייתה פסולה, ואפשרי רק לאחר מוצוי ההליכים הנוגעים להרשאה לתכנון, דבר שלא נעשה במקרה זה.

6. דביעית, נבקש להוסיף כי התכנית עצמה מבקשת לממש הרחבה של ההתחלות אלו, אשר הוקמה על גבי צו תפיסה ומתוקף מערכת הנחיות לולא במסגרת הראות תכנונית. בנוד שמערכת הנחיות הינה זמנית באופייה, ותמיה בקיומן של צורך צבאי הכרחי ודחוף המצדיק את צו התפיסה, הרי שתכנית מתאר – אשר שקולה מבחינה נורמטיבית כדיון – הינה קבועה. הישועותה של תכנית קבועה על מערכת תכנונית ארצית, אינה יכולה לנמוד, ודי בכך כדי להוביל כבטלותה של התכנית להרחבת "אמנר".

7. מכל הטעמים האלה עמדתנו היא כי לא ניתן כלל לקדם את התכנית האמורה, וזו לא יכלה הייתה כלל לחצות את שלב הסף, לא כל שכן להיות מקודמת להפקדה להתנגדויות. על כן, נבקשכם להורות על הסרתה של התכנית כלל מהדיונים הצפויים בפני מתיי.

8. מובן כי אין באמור במכתב זה, או במה שאינו אמור בו, כדי להוות ויתור במפורש או מכללא על כל טענה העומדת למרשיו על פי כל דין, במסגרת כל הליך שהוא, קרבות הליכים הנוגעים לתכנית האמורה בכתרת.

בכבוד רב,


שלומי זכריה, עויד


ליאור צור, עויד