



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7292/14

לפני:

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרים:

1. עלי מוחמד עיסא מוסא
2. יוסף עיסא חמדאן מוסא
3. מוסא עיסא חמדאן מוסא
4. רבחי חוסיין מוחמד סלאח
5. עלי עבד מחמד מוסא
6. עלי סלים מחמד מוסא
7. עומר מחמד מחמוד עטואן
8. ש.ע.ל - שלום עכשיו לישראל מפעליים חינוכיים
9. חגית עופרן

נגד

המשיבים:

1. שר הבטחון
2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
3. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית
4. משטרת מחוז ש"י
5. המועצה האזורית גוש עציון
6. צבי אהרונוביץ
7. חי איטן
8. מתן יחזקאלי
9. אברהם אגריוניק
10. בובליק ברוכי
11. דוד דנהייר
12. עמי גבירצמן
13. נוי יוחאי
14. שמעון אמיר
15. גיל בר לב
16. יניב שטרית

התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות:

ה' בתמוז התשע"ה (22.6.2015)
ד' באדר ב' התשע"ו (14.3.2016)

בשם העותרים:

עו"ד שלומי זכריה; עו"ד מוריה שלומות

בשם המשיבים 4-1 :	עו"ד אבינעם סגל-אלעד ; עו"ד רן רוזנברג
בשם המשיבה 5 :	עו"ד עקיבא סילבצקי
בשם המשיבים 6-16 :	עו"ד ד"ר הראל ארנון ; עו"ד צפנת נורדמן

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

בעתירה שלפנינו מבקשים העותרים כי נורה למשיבים לפנות שבעה-עשר מבנים שנבנו במאחז "דרך האבות" (המכונה גם בשם "נתיב האבות"), אשר נבנו לטענתם שלא כדין על אדמות פרטיות פלסטיניות.

רקע עובדתי והליכים רלוונטיים

1. מאחז דרך האבות הוקם בשנת 2001 בגוש עציון על אדמות בלתי מוסדרות. אין מחלוקת כי המאחז הוקם שלא כדין וכי נגד המבנים המצויים בו התנהלו הליכי פיקוח ואכיפה לרבות הוצאת צווי הפסקת עבודה והריסה.

2. לאחר שצווי הפסקת העבודה וההריסה לא מומשו, הוגשו הליכים משפטיים שונים בקשר לאכיפת דיני התכנון והבנייה במאחז. העתירות הראשונות הוגשו בשנת 2002 על ידי פלסטינים הטוענים לבעלות בחלק מאדמות המאחז אשר ביקשו להורות על פינויו. ההליכים בעתירות הסתיימו בהסכמה שלפיה העתירות תימחקנה ושאלת הבעלות בקרקעות תעבור לבחינה של צוות מקצועי שהוקם לצורך זה (בג"ץ 5083/02, בג"ץ 7379/02 מוטא נ' המנהל האזרחי לגדה המערבית (27.9.2004); הודעת הצדדים על הסכמתם לסיום ההליך צורפה לעתירה כע/14). הצוות המקצועי הוסמך לקבוע אם קרקעות המאחז הינן בבעלות פרטית או שמא מדובר באדמות מדינה, אך הוא לא השלים את המלאכה וכיום אינו פעיל.

3. לאחר שהתברר שהבנייה במאחז נמשכת, הוגשה בשנת 2008 עתירה נוספת למניעת אכלוסו של אחד ממבני המאחז. עתירה זו נמחקה בעקבות הודעת המדינה כי הריסת המבנה מוקמה גבוה בסדר העדיפות שלה לאכיפה (בג"ץ 2817/08 מוטא נ' שר

הביטחון (29.4.2008)). מקץ מספר חודשים הוגשה עתירה נוספת בעניין אותו מבנה, שנמחקה אף היא בעקבות התחייבות המדינה לבצע את חובתה באופן מיידי (בג"ץ 8258/08 מוסא נ' שר הביטחון (18.5.2009)).

4. ביני לביני, כשים לב להמשך הבנייה במאחז, הוגשה עתירה חמישית במספר (בג"ץ 8255/08 מוסא נ' שר הביטחון (1.9.2010)). בעתירה זו, שתכונה מכאן ואילך העתירה הקודמת, התבקשה אכיפתם של צווי הפסקת העבודה והריסה שהוצאו כלפי מבנים שונים במאחז. במסגרת תגובת המדינה לעתירה, צוין כי התקבלה החלטה "להורות על קידומו של סקר קרקעות אשר יקבע באופן סופי האם מדובר באדמות מדינה". לדברי המדינה שם, הדבר יאפשר להכשיר בנייה שאיננה על קרקע פרטית בעוד ש"מבנים שיתגלה כי נבנו על קרקע פרטית יאכפו צווי ההריסה לגביהם בהתאם לסדרי העדיפויות". בפסק הדין, העיר בית המשפט כי התנהלות המדינה מעוררת חשש בדבר מימוש ההתחייבות לבצע בדיקה של מעמד הקרקע, שעל הצורך בקיומה דובר כבר בעבר:

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

בכפוף להערות בית המשפט בעניין התחייבות המדינה לבצע סקר קרקעות, נקבע כי לעת הזו אין הצדקה להתערב בסדרי העדיפויות לאכיפה של המדינה. על כן הורה בית המשפט על דחיית העתירה, תוך קביעה כי לעותרים שמורה זכותם לשוב ולפנות לבית המשפט ככל שיראו עילה לכך בעתיד.

5. לאחר מתן פסק הדין, פנו העותרים למדינה במספר הזדמנויות בבקשה לברר היכן עומד הליך סקר הקרקעות. במהלך תקופה זו נענו העותרים כי הליך הסקר החל, אך טרם בא לכדי סיום. בהמשך הודע לעותרים ביום 30.1.2013 כי הליכי הסקר הסתיימו וכי הוחלט לערוך שימוע לטוענים לבעלות בקרקעות. בסופו של דבר, בעקבות ממצאי הסקר, הכריז הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש ביום 6.4.2014 על חלקים מסוימים משטח המאחז כעל אדמות מדינה. יתר חלקי המאחז נותרו מחוץ לשטח ההכרזה.

6. בעקבות פרסום ההכרזה, פנו העותרים ביום 2.7.2014 למדינה בדרישה לממש את צווי ההריסה שהוצאו למבנים המצויים במלואם או בחלקם על קרקעות שנותרו מחוץ לשטח ההכרזה. ביום 4.8.2014 נענו העותרים כי לשם מתן מענה מקיף לטענותיהם, עליהם להעביר מסמכים שיש בהם כדי להצביע על זכויותיהם הקנייניות במקרקעין מושא פנייתם. בתשובה שלחו באי כוח העותרים ביום 5.8.2014 מסמכים לווונטיים עבור כל אחד מהעותרים, אך זו הפעם לא התקבל מענה לפנייתם.

7. ביום 30.10.2014 הוגשה העתירה הנוכחית. עתירה זו אינה עוסקת בתוקף ההכרזה על חלק משטחי המאחז כאדמות מדינה (ההכרזה נתקפה בעתירה אחרת, בג"ץ 5480/15, שעודנה תלויה ועומדת). העתירה מתמקדת כאמור בשבעה-עשר מבנים שלטענת העותרים נבנו במלואם או בחלקם על שטחים שלא הוכרזו כאדמות מדינה.

העתירה

8. העותרים 1-7 הינם אנשים פרטיים הטוענים לבעלות בחלק מאדמות המאחז, ואילו העותרים 8-9 הינם עותרים ציבוריים (להלן יחד: העותרים). לטענת העותרים, מאחז דרך האבות הוקם שלא כדין על אדמות הכפר אל-ח'אדר.

9. לפי המתואר בעתירה, אדמות הכפר אל-ח'אדר החלו לעבור הליך הסדר בתקופת השלטון הירדני, הליך שנקטע בשלב של עריכת מפת לוח התביעות, לאחר תפיסת האזור בידי כוחות צה"ל. במאמר מוסגר יצוין, כי לוח התביעות משקף את התביעות של טוענים לזכויות למיניהן, ואין הוא ראייה חותכת לקיומן של זכויות קניין (על שלביו של הליך ההסדר ראו לאחרונה בעררים (איו"ש) 56/13, 68/13 מוטי קוגל (עבור חברה בייסוד) נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (החלטה מיום 28.7.2016)).

עם זאת, הצדדים התייחסו למיקומים במקרקעין מושא העתירה לפי גבולות החלקות בלוח התביעות ואף אנו נעשה כן. עוד צוין בעתירה כי המקרקעין שעליהם נבנו המבנים מושא העתירה הם מסוג "מירי". מקרקעין מסוג זה שייכים ככלל למדינה, אך ניתן לרכוש בהם בעלות פרטית מכוח החזקה ועיבוד חקלאי במשך 10 שנים ברציפות (סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני, 1858 (להלן: חוק הקרקעות העות'מני); בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית, פסקאות 18-20 (20.3.2012) (להלן: עניין עבדאלקאדר)). לפי פרשנות הפסיקה, העיבוד הנדרש צריך לעלות על 50% מתא השטח הרלוונטי (ראו למשל בג"ץ 277/84 אע'רייב נ' הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי, אזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 57, 64 (1986); ע"א 8117/14 חוסין נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקאות 28-32 (16.6.2016); ע"א 7762/10 מינהל מקרקעי ישראל נ' עיזבון המנוח עבדאללה עבד אלקאדר עבדאללה, פסקה 14 (27.8.2012); ע"א 567/83 עבאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 741, 745 (1987), והאסמכתאות שם). לטענת העותרים, עד לפרוץ האינתיפאדה השנייה בשנת 2000 נהגו תושבי הכפר לעבד את אדמותיהם ללא הפרעה. בשנת 1999 אף בוצע הליך של שיפוץ והשבחת הקרקע בשיתוף סוכנות הסיוע והפיתוח של האו"ם (UNDP) ובאישור המינהל האזרחי. לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה נמנעה מתושבי הכפר הגישה לאדמותיהם, ובמהלך השנים 2001-2002 הוקם בשטח הכפר מאחז דרך האבות.

10. העותרים מיקדו כאמור את עתירתם בשבעה-עשר מבנים אשר לפי ממצאי הסקר נבנו לטענתם במלואם או בחלקם על קרקע פרטית. מקרב המבנים מושא העתירה, שבעה מבנים נבנו על קרקע שלא הוכרזה כאדמת מדינה (בחלקות מס' 78, 80, 82 לפי לוח התביעות). חמישה מתוך שבעת המבנים הללו מצויים במלואם על קרקע לא מוכרזת והשניים הנוספים חורגים רק בחלקם לאדמות שנותרו מחוץ להכרזה (להלן ייקראו מבנים אלה יחד: שבעת המבנים). עשרת המבנים האחרים (בחלקה מס' 79 לפי לוח התביעות) מצויים בחלקם על גבי שתי רצועות אדמה צרות שלא הוכרזו (להלן: עשרת המבנים בחלקה מס' 79). לטענת העותרים, ממצאי סקר הקרקעות מלמדים כי כל המבנים מושא העתירה נבנו במלואם או בחלקם על אדמות פרטיות פלסטיניות, ומשכך הם אמורים להימצא במקום גבוה בסדר העדיפויות לאכיפה שעליו הצהירה המדינה. יתרה מזאת, לטענתם, סירובה של המדינה לפנות כעת את המבנים מהווה הפרה בוטה של התחייבותה לפעול בהתאם לתוצאות סקר הקרקעות. כן הדגישו העותרים את ההיסטוריה שקדמה להגשת העתירה, שבמהלכה לגישתם לא עשתה המדינה די-על-מנת לפנות את המאחז ולהחזיר את האדמות שעליו נבנה לחזקת בעליהן החוקיים. לטענת העותרים, התנהלות זו של המדינה מעידה על כך שהרשויות

המוסמכות התנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק וכי הן נמנעות ממילוי חובתן באופן בלתי סביר. בנסיבות אלה, לשיטת העותרים, אין מנוס מהתערבות שיפוטית.

צו-על-תנאי ותשובות המשיבים

11. לאחר הגשת העתירה אירעו מספר התפתחויות. תחילה ביקשה המדינה – עוד בטרם הגשת תגובה מקדמית מטעמה – לדחות את מועד הדיון שנקבע ליום 22.6.2015. הבקשה נומקה ברצונו של הדרג המדיני לבחון את בקשת המועצה האזורית גוש עציון (המשיבה 5) לשקול אפשרויות לפתרון הסכסוך מבלי להרוס מבנים קיימים. בין האפשרויות שהוצעו היה שימוש בכלי של איחוד וחלוקה בשטח המאחז. בית המשפט דחה את בקשת המדינה, קבע כי הצדדים יתייצבו לדיון כפי שנקבע והורה למשיבים להגיש תגובות מקדמיות לעתירה (הנשיאה מ' נאור, החלטה מיום 15.6.2015). בתום הדיון הוצא צו על תנאי כמבוקש בעתירה. עוד נקבע כי בא-כוח המועצה האזורית גוש עציון ימציא לבאי כוח העותרים רשימה של מי שעלולים להיפגע מהעתירה והעותרים יצרפו אותם כמשיבים. המועד להגשת תשובות כל המשיבים היה 90 ימים ממועד ההחלטה (הנשיאה מ' נאור והשופטים נ' הנדל וע' פוגלמן, החלטה מיום 22.6.2015).

12. בהמשך ביקשה המדינה ארכה להגשת תצהיר תשובה מטעמה. במסגרת בקשת הארכה, מסרה המדינה כי ביום 19.7.2015 הורה ראש הממשלה על הקמת צוות מקצועי לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות בישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מעורבות של הרשויות (להלן: הצוות הממשלתי). כן ציינה המדינה כי הצוות הממשלתי עתיד להידרש גם לאפשרות השימוש בכלי התכנוני של איחוד וחלוקה בקשר לבנייה באזור יהודה ושומרון בכלל, ובמאחז דרך האבות בפרט. על רקע זה, ביקשו באי-כוח המדינה כי יתאפשר לצוות הממשלתי להשלים את מלאכתו ולהגיש מסקנותיו בטרם הגשת תשובה לעתירה. בנוסף נמסר כי משרד הביטחון ביקש להשלים נתונים ספציפיים המתייחסים למאחז, ולצורך זה מונה צוות יועצים בראשות אדריכל אשר פועל בימים אלה וטרם השלים את מלאכתו. בית המשפט נעתר לפנים משורת הדין לבקשת הארכה מטעם המדינה ואפשר לה להגיש את תצהיר התשובה מטעמה בתוך 45 ימים (הנשיאה מ' נאור, החלטה מיום 16.9.2015).

13. לאחר מכן מסרו באי-כוח המדינה ביום 12.11.2015 כי הצוות הממשלתי גיבש מתווה מוצע בסוגיית השימוש בכלי של איחוד וחלוקה, אשר הובא לבחינה מקדמית ולדיון במשרד המשפטים. לנוכח דברים אלה, וכדי לאפשר את בחינתה של הסוגיה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, התבקשה ארכה נוספת להגשת תצהיר התשובה. לחלופין

התבקש בית המשפט לקבוע מועד לדיון בהתנגדות לצו על תנאי, ולאפשר למדינה להגיש את תצהיר התשובה מטעמה עובר למועד הדיון שייקבע. לאחר עיון בבקשת המדינה ובתגובת העותרים, נעתר בית המשפט לבקשת הארכה (הנשיאה מ' נאור, החלטה מיום 17.11.2015).

תשובות המשיבים

14. אחר כל הדברים האלה הגישה המדינה ביום 31.12.2015 תצהיר תשובה מטעמה. לטענת המדינה בתצהירה, בהתאם למסקנות הסקר שנערך בשטח מושא העתירה ולהתחייבויותיה הקודמות, בכוונתה לבחון את האפשרות להכשיר בנייה על אדמות מדינה ולממש את צווי ההריסה לגבי בינוי על קרקע פרטית. כמו כן מסרה המדינה כי המתווה של איחוד וחלוקה שגובש על-ידי הצוות הממשלתי נבחן על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שהכריע כי קיימת מניעה משפטית מלקדם אותו במקרה דנן. חרף זאת, ביקשה המדינה להגיש תצהיר משלים לפני הדיון שייקבע בעתירה, וציינה כי "יסודה של בקשה זו היא בכך שהצוות הממשלתי עתיד להמשיך את דיוניו, וככל שתגובשנה המלצות שיש להן השלכות למבנים מושא העתירה דנן, תבקש המדינה מבית המשפט הנכבד לעדכן בדבר". העותרים טענו בתגובה, כי משמעות דבריה של המדינה בתצהיר היא, כי אין ברשותה של המדינה כל נימוק – בעובדה או במשפט – שיש בו כדי להסביר את הימנעותה ממימוש צווי ההריסה מושא העתירה. כן טענו העותרים כי בקשת המדינה להגיש תצהיר משלים לנוכח העובדה שהצוות הממשלתי עתיד להמשיך את דיוניו הינה בקשה "סתומה, לא ברורה, ונעדרת כל תימוכין". על כן ביקשו העותרים להוציא צו מוחלט בעתירה.

15. ביום 14.1.2016 נקבע כי התיק ייקבע לדיון בפני ההרכב או רובו בבקשת העותרים לעשות צו מוחלט, וזאת בתוך חודשיים ימים. נקבע גם כי אם תהא למשיבים או למי מהם בקשה קונקרטיה כלשהי הם יוכלו להגישה עד שבועיים לפני מועד הדיון שייקבע. ואכן, בסמוך לדיון הוגשו תצהירי תשובה מטעם המשיבים האחרים – המועצה האזורית גוש עציון (המשיבה 5) והמחזיקים במבנים מושא העתירה (המשיבים 6-16) – וכן הודעות נוספות מטעם המדינה.

16. טענות המועצה האזורית גוש עציון והמחזיקים (להלן יחד: המשיבים 5-16) חופפות ברובן זו לזו. לטענתם, המבנים מושא העתירה מצויים בתחומיה של שכונה מאוכלסת ביישוב אלעזר ששמה "נתיב האבות", ואף שלא ניתנו להם היתרי בנייה – הם הוקמו למעשה בעידוד ובתמיכת הרשויות. לנוכח האמור נטען, כי דין העתירה

להידחות על הסף ולגופה. על הסף, משום שלעותרים, אשר לא הוכיחו את זכויותיהם בקרקע שבמחלוקת, אין זכות עמידה ביחס לסוגיות שעל הפרק. לגופה, משום שאין הוכחות לכך שהמבנים מושא העתירה נבנו על קרקע פרטית. לטענתם של המשיבים 16-5, העובדה ששטח מסוים לא נכלל בתוך האדמות המוכרזות אינה מצביעה כלל ועיקר על כך שמדובר בשטח פרטי. יתר על כן, לגישתם, כאשר מדובר בקרקע "מירי", כבענייננו, ברירת המחדל היא שמדובר ברכוש ציבורי אלא אם יוכח אחרת.

17. עוד נטען, כי לפי תוצאות הסקר חלקה מס' 79 העומדת במוקד המחלוקת לא עובדה בהיקף הנדרש (50%) לשם רכישת זכויות בה. מכל מקום, הניסיון להביא להריסת עשרת המבנים בחלקה זו הוא "בבחינת אבסורד גמור", שכן רובם הגדול ניצב על אדמות מדינה, ורק בשל רצועה דקה הנעה בין מטר אחד לארבעה מטרים אשר אינה נכללת בהכרזה מבוקש להרסם. לפי הנטען, התוצאה שבה חלקי מבנים נהרסים כשאינן אף עותר בעל זכויות הדורש זאת אינה מתקבלת על הדעת. על רקע דברים אלה, הזכירו המשיבים כי המועצה האזורית גוש עציון הגישה בקשה לביצוע איחוד וחלוקה באזור מושא העתירה, באופן שבו רצועות האדמה שטרם הוכרזו כאדמות מדינה תהפוכנה לכאלה. לצד זאת הובהר כי "כמובן שככל שיבוא מאן דהוא ויוכיח כי הוא הבעלים של המקרקעין שהוצאו מהליך הסקר, כי אז יזכה לשטח החלופי בהתאם לתוכנית האיחוד והחלוקה הנ"ל". כן הובהר כי המהלך המתוכנן כפוף לשינוי גבולות השטח המוניציפאלי של היישוב אלעזר ולהסדרה תכנונית של האזור. על כן, הוגשה תוכנית מפורטת (תוכנית מס' 404/2 "אלעזר מערב") למגורים ב"נתיב האבות". לנוכח האמור לעיל, טענו המשיבים 16-5 כאמור כי דין העתירה להידחות.

הודעות מעדכנות מטעם המדינה

18. לאחר הגשת תצהירי התשובה ובסמוך לדיון על-פה, הגישה המדינה ביום 7.3.2016 הודעה מעדכנת. בפתח הדברים הודיעה המדינה לראשונה כי בכוונתה לפנות שבעה מבנים המצויים במלואם או בחלקם מחוץ לשטח ההכרזה (בב"ח 189/10, בב"ח 110/12, בב"ח 100/04, בב"ח 101/04, בב"ח 127/04, בב"ח 46/03, בב"ח 204/03), וזאת עד ליום 6.3.2018. לטענת המדינה, בהינתן שבכוונתה לפנות מבנים אלה בהתאם ללוח זמנים מוגדר, העתירה ביחס אליהם התייתרה ודינה להידחות. כפי שיוסבר בהמשך, לאחר הדיון על פה הודיעה המדינה כי בכוונתה לפנות שניים מתוך שבעת המבנים מוקדם מהמתוכנן, עד ליום 31.12.2016 (ואת חמשת המבנים הנותרים במועד המקורי, קרי עד ליום 6.3.2018). לגבי עשרת המבנים בחלקה מס' 79 (בב"ח 186/10, בב"ח 151/13, בב"ח 011/08, בב"ח 203/03, בב"ח 086/09, בב"ח 097/15, בב"ח

028/15, כב"ח 104/04, כב"ח 103/04, כב"ח 187/10) הציגה המדינה עמדה שונה. בהתאם להמלצתו העדכנית של הצוות הממשלתי, שאומצה בידי היועץ המשפטי לממשלה, הודיעה המדינה כי בכוונתה לפתוח על חשבונה בהליך רישום ראשון ביחס לחלקה מס' 79. דרך זו מהווה כיום לפי הטענה הדרך העיקרית לרישום זכויות במקרקעין באזור יהודה ושומרון. בד בבד, ביקשה המדינה לעכב את ביצוע הריסת המבנים המצויים בחלקה עד להכרעה בהליך הרישום הראשון.

לטענת המדינה, בעוד שממצאי הסקר תקפים במישור המינהלי בלבד, הליך הרישום הראשון – שנועד כאמור לקביעת זכויות קניין – מדויק ומתאים יותר לטיפול בבעיות נקודתיות, כבמקרה דנן. מעבר לכך, לשיטת המדינה, קיימת היתכנות לכך שהוועדה לרישום ראשון תורה על רישום חלקה מס' 79 על שמה. לטענת המדינה, ממצאי הסקר עולה כי חלקה מס' 79 עובדה בשיעור הנופל מ-50%, ולכן יש לראות אותה כרכוש ממשלתי אלא אם תוכנה בעלויות פרטיות בשטחי העיבוד בחלקה. במצב דברים זה, סבורה המדינה כי הוועדה לרישום ראשון עשויה ללכד את שטחי העיבוד השונים בחלקה לכדי חלקה אחת רציפה, המצויה מחוץ לשטח המבונה בחלקה. בהקשר זה טענה המדינה, כי בשלב הנוכחי אין להידרש לתוצאות ההליך בפני הוועדה לרישום ראשון, וככל שיעלו שאלות הנוגעות להפעלת סמכותה כמתואר לעיל, הרי שמקומן להתברר במסגרת הליך הרישום הראשון. ועוד נטען, כי הפנייה להליך רישום ראשון נדרשת רק בקשר לחלקה מס' 79, שכן הפתרון המתואר "איננו ישים ביחס ליתר החלקות נשוא העתירה". כמו כן הבהירה המדינה, כי גם אם תתקבל תביעתה ביחס לחלקה מס' 79, בכוונתה לבקש מהוועדה לרישום ראשון שיירשם על שמם של גורמים פרטיים (אשר יוכיחו את זכויותיהם בחלקה) "שטח הזה בהיקפו להיקף השטח מתוך החלקה, שלא הוגדר כרכוש ממשלתי במסגרת ההכרזה שחלה על החלקה...". לבסוף הצהירה המדינה כי היא תפעל לקיים את הביורור בפני הוועדה לרישום ראשון ללא דיחוי, תוך קיום מעקב עיתי אחר התקדמות ההליך.

19. העותרים טענו בתגובה כי בקשת המדינה לעכב את הליכי האכיפה ביחס לחלקה מס' 79 עד להכרעה בהליך הרישום הראשון מהווה הפרה בוטה של התחייבות המדינה לבית המשפט ולעותרים. לטענתם, הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב למועד המאוחר שבו הועלתה הבקשה (כשנתיים לאחר ההכרזה) ובהתחשב בכך שבמרוצת השנים המשיכה להתבצע בנייה בלתי חוקית במאחז. לנוכח האמור לעיל, טענו העותרים כי עמדת המדינה הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ויש לדחותה.

20. ביום 14.3.2016 התקיים דיון בהתנגדות לצו-על-תנאי. בתום הדיון הורה בית המשפט (הנשיאה מ' נאור, השופטת א' חיות והשופט ע' פוגלמן) למדינה להודיע אם הבנייה בחלקה מס' 79 בוצעה בעידודה של המדינה. בהתאם להחלטה זו מסרה המדינה לאחר הדיון כי רשויות המדינה – באמצעות משרד השיכון – היו מעורבות בבניה במאחז בדרך של העברת תקציבי פיתוח בתחילת שנות האלפיים. בנוסף לכך, בעקבות הערות בית המשפט, הודיעה המדינה על החלטתה להבחין לעניין מועד הפינוי בין המבנים שנבנו בשנים 2003-2004 לבין המבנים שנבנו בשנים האחרונות. בהתאם לכך, ביקשה המדינה לעדכן כי בכוונתה לפנות שניים מתוך שבעת המבנים שהוסכם לפנותם (בב"ח 189/10, בב"ח 110/12) עד ליום 31.12.2016. לגבי חמשת המבנים הנוספים (בב"ח 100/04, בב"ח 101/04, בב"ח 127/04, בב"ח 46/03, בב"ח 204/03) חזרה המדינה על בקשתה כי תינתן ארכה לפינויים עד ליום 6.3.2018.

21. העותרים טענו בתגובה, כי המסמכים שעליהם הסתמכה המדינה בהודעתה מתייחסים ברובם למימון דרכי גישה ליישוב אלעזר הסמוך, ולא למאחז שבמוקד העתירה. לטענתם, המדינה צירפה אמנם מסמך אחד המתייחס לכאורה למימון מאת משרד השיכון למאחז, אולם המילים "נתיב האבות" הוספו לו בכתב יד, ולטענת העותרים "לא ברור מתי ועל ידי מי, והאם האישור התקציבי ניתן לפני או אחרי התוספת האמורה".

דיון והכרעה

22. בטרם נרד לשורש המחלוקת, נעמוד בתמצית על מצב הדברים כיום בנוגע למבנים מושא העתירה: כאמור לעיל, המדינה הצהירה על לוחות זמנים לפינוי שבעה מבנים אשר נותרו בחלקם או במלואם מחוץ לשטח ההכרזה. מבין שבעת המבנים הללו, המדינה מבקשת לפנות שניים שנבנו בשנים האחרונות בתוך חודשים ספורים (עד ליום 31.12.2016), ואת חמשת המבנים הנותרים בתוך שנה וחצי (עד ליום 6.3.2018). לגבי עשרת המבנים בחלקה מס' 79, ביקשה המדינה לעכב את הליכי האכיפה עד לבירור הזכויות בחלקה במסגרת הליך רישום ראשון. העותרים מצדם מבקשים כי נורה למדינה לממש את צווי ההריסה לכל המבנים הנזכרים לאלתר.

23. אין חולק שכל המבנים מושא העתירה נבנו שלא כדין, מבלי שאושרה תכנית למאחז ומבלי שהוצאו להם היתרים כנדרש. משכך הקו המנחה להכרעה הוא חובתה

של המדינה לאכוף את חוקי התכנון והבנייה. חובה זו מבוססת על תכליות שונות שבכללן הצורך בהגנה על שלטון החוק, על הסדר הציבורי ועל זכויות הקניין של הפרט (ראו למשל בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון, פסקה 10 (8.2.2015) (להלן: עניין עפרה); בג"ץ 5377/09 רגבים נ' שר הביטחון, פסקה ז' (10.8.2011) (להלן: עניין רגבים)). לצד החשיבות המוקנית לשלטון החוק, ולנוכח המשאבים המוגבלים הנתונים לרשויות האכיפה, הוכר הצורך בקביעת סדרי עדיפויות לאכיפת דיני התכנון והבנייה (ראו לדוגמה בג"ץ 5790/10 רגבים נ' שר הביטחון, פסקה 5 (11.5.2014)). כפי שנפסק, בבוא בית המשפט לבקר את פעולתן של רשויות האכיפה, יינתן משקל לסדרי עדיפויות אלה (ראו: בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הביטחון, פסקה 10 (14.10.2007); בג"ץ 9251/09 רגבים נ' שר הביטחון, פסקה 3 (14.1.2010); בג"ץ 6288/09 עראערה נ' ראש המנהל האזרחי לאיר"ש, פסקה 12 (2.3.2010); בג"ץ 8788/09 פסגות כפר שיתופי להתיישבות בע"מ נ' שר הביטחון (7.7.2011)).

24. בהליכים שונים שהתבררו לפני בית-משפט זה בשנים האחרונות, הציגה המדינה את סדרי העדיפויות הכלליים שגובשו לאכיפת דיני התכנון והבנייה באזור יהודה ושומרון. בין היתר, הוצבה בנייה בלתי חוקית על קרקע בבעלות פרטית פלסטינית במקום גבוה בסדר העדיפויות (ראו למשל פסק הדין החלקי בבג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פסקה 13 (18.11.2013) (להלן: עניין ששת המאחזים); בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פסקה 7 (20.8.2014) (להלן: עניין חרשה והיובל); בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פסקה 13 (2.8.2011) (להלן: עניין מגרון)). בשים לב לכך, הורה בית המשפט בעבר כי בנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית תוסר, אך איפשר למדינה במקרים מסוימים לעכב את הליכי האכיפה לצורך הכשרה בדיעבד של חריגות בנייה על אדמות מדינה (שם; בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון (8.9.2014) (להלן: עניין קאסם); בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, פסקאות 12-16 (10.10.2012) (להלן: עניין כפר אדומים); בג"ץ 2962/11 אלג'ליל נ' שר הביטחון (7.11.2012)).

מהאמור לעיל עולה, כי אף שאכיפת דיני התכנון והבנייה היא סוגיה מינהלית מטיבה, מעמדה הקנייני של הקרקע הינו שיקול העשוי להשפיע על סדרי העדיפויות לאכיפה, וכפועל יוצא מכך גם על הביקורת השיפוטית. לצד מתן משקל לסדרי העדיפויות לאכיפה שקבעו הרשויות עצמן, התייחסה הפסיקה לשיקולים נוספים כמו ההיתכנות הלכאורית של הכשרת מבנים בלתי חוקיים בדיעבד. כך, למשל, בפרשה

שעסקה בבנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית בעמונה, דחה בית המשפט את בקשת המדינה לעכב את ההריסה עד לבירור טענות המחזיקים לרכישת הקרקע שבמחלוקת. זאת, כיוון שהיה מדובר שם ברכישה נטענת של חלקים בלתי מסוימים בקרקע ובשיעורים נמוכים יחסית, רכישה אשר ספק אם תאפשר הכשרה בדיעבד (בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון, פסקה 16 (להלן: עניין עמונה)). לתוצאה שונה הגיע בית המשפט בפסק הדין החלקי בעניין ששת המאחזים ובפסק הדין המשלים באותה פרשה (בג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (7.12.2014) (להלן: פסק הדין המשלים)), שבהם שיעורי הרכישה הנטענים בכל חלקה היו גבוהים ונמצא כי ניתנו היתרי עסקה לרכישה (ראו והשוו גם לבג"ץ 8887/06 תושבי מגרון נ' שר הביטחון, פסקה 10 (פסק-דין והחלטה מיום 29.8.2012) (להלן: פרשת תושבי מגרון) ולדעת המיעוט שלי בעניין קאטס). בנוסף לכך, כאשר דובר במקרים שעסקו בבניה בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית, ניתן משקל רב לחובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינם של תושבים מוגנים באזור (ראו לדוגמה: עניין ששת המאחזים, פסקה 13; עניין עמונה, פסקה 15; עניין מגרון, פסקה 16; עניין עפרה, פסקה 12; עניין חרשה והיובל, פסקה 10). במכלול השיקולים ניתן משקל לא מבוטל גם להתנהלות הדיונית של המדינה והתחייבותיה לפני בית המשפט לאכוף את הדין (בג"ץ 9060/08 עבדאללה נ' שר הביטחון (החלטה מיום 7.5.2012) (להלן: עניין גבעת האולפנה); עניין ששת המאחזים, פסקה 13; עניין מגרון, פסקה 13). כן הובא בחשבון משך הזמן שבו מתקיימת אי החוקיות (שם). מנגד, נשקלה הפגיעה הצפויה במחזיקים במבנים הבלתי חוקיים. דוגמה מובהקת לכך היא אורך הרוח שגילה בית המשפט בפרשת מגרון, והארכות הרבות שניתנו שם לפינוי על מנת להגיע לפתרון בדרכי שלום. רק לאחר שהתברר כי ההיתכנות של פינוי התושבים מרצון אינה ממשית, הורה בית המשפט על ביצוע צווי ההריסה למבני המאחז. במקרה שלפנינו, לצערנו, לא עומדת על הפרק הצעה לפינוי מוסכם.

שאלת סבירות עיתוי ואופן אכיפת דיני התכנון והבנייה באזור יהודה ושומרון מושפעת איפוא משיקולים שונים ומהאיזון ביניהם, אולם אין מדובר ברשימה סגורה. בסופו של דבר, כל מקרה מוכרע לפי נסיבותיו הפרטניות וגם משקלם של השיקולים הרלוונטיים עשוי להשתנות בהתאם לכך.

25. על רקע הדברים הללו נפנה לבחינת הסוגיות שבמחלוקת במקרה דנן. במסגרת סקר הקרקעות בענייננו – שנועד לפי הצהרת המדינה שניתנה עוד ביום 25.4.2010 להכריע "באופן סופי" במעמד המקרקעין לצורך אכיפת דיני התכנון והבנייה במאחז – נמצא כי המבנים מושא העתירה מצויים בחלקם או במלואם על קרקע שלא הוכרזה

כאדמת מדינה. לפי הדין, הכרזה על אדמות מדינה אינה קונסטיטוטית, אך היא מקימה חזקה ראייתית שלפיה האדמות מהוות רכוש ממשלתי (סעיף ג2 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967). באותה מידה ניתן לקבוע, כי אף שהעדר הכרזה (לאחר ביצוע סקר) אינו מהווה ראייה חותכת לכך שמדובר בקרקע פרטית, בנסיבות המתאימות יש לייחס להעדר ההכרזה משקל ראייתי במסגרת אכיפת דיני התכנון והבנייה. כך היה בפרשת חרשה והיובל, שבה בעקבות עריכתו של סקר קרקעות התברר, כי שני חלקי מבנים במאחז היוכל מצויים על קרקע שלא ניתן להכריז עליה כאדמת מדינה. כתוצאה מכך נקבע שם כי יש לפנות מבנים אלה בתוך שנה. כך הוא גם בענייננו, שבו ממצאי הסקר מלמדים על קיומן של מובלעות בתוך מתחם ספציפי שעליהן לא ניתנה הכרזה כעל אדמות מדינה אף שהשטח נבדק (השוו: ע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי – שותפות מוגבלת, פסקה 16 (15.2.2009) (להלן: עניין כפר גלעדי)).

לטענת המשיבים 5-16, קרקע מסוג "מירי" שייכת ככלל לריבון. על כן, לשיטתם אין להתחשב בתוצאות הסקר ויש להניח כי מדובר באדמות מדינה. טענה זו מתעלמת מנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנוכחי. כמפורט לעיל, המדינה עצמה גילתה דעתה כי יש צורך בבירור מעמיק של מעמד הקרקע באמצעות עריכת סקר. הדבר התבטא גם בהודעת המנהל האזרחי מיום 10.10.2007 שבה צוין כי "המאחז [דרך האבות – מ.נ.] מצוי בחלקו על אדמות שהממונה תובע עליהן בעלות, ואילו בחלקו הנוסף, ככל הנראה, על אדמה פרטית" (ע/15). כמו כן, אף שקרקע "מירי" שייכת בעיקרון למדינה, בפועל המהות באשר לבעלות בקרקע כזו מורכבת יותר (ראו והשוו: רע"א 7340/13 מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל נ' אלשער, פסקאות מ'-מ"ב (11.10.2015)). זאת, בשל האפשרות שבדין לרכוש בה בעלות פרטית לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני. על כן, אין מקום לדעתי, בוודאי לא בשלב זה, להתעלם מתוצאות הסקר במסגרת הכרעה בדבר עיתוי ואופן אכיפת דיני התכנון והבנייה (השוו לעניין כפר גלעדי, פסקה 16).

26. הנה כי כן, הראיות המנהליות שבידי המדינה מצביעות על כך ששבעה-עשר מבנים במאחז דרך האבות מצויים בחלקם או במלואם מחוץ להכרזה. עובדה זו, שאינה במחלוקת, באה לידי ביטוי בתצלום אוויר שצורף כמ/ש1 להודעה מטעם המדינה מיום 7.3.2016, שעל גביו מסומנים השטחים אשר הוכרזו כאדמות מדינה, השטחים שלא הוכרזו וכן גבולות החלקות כפי שהם מופיעים בלוח התביעות. מכך נובע לכאורה כי אין אפשרות להסדרתם של מבנים אלה מבחינה תכנונית, אף לא בדיעבד. בנסיבות

אלה, לפי המדיניות המוצהרת של המדינה עצמה, המבנים אמורים להימצא במקום גבוה מבחינת סדרי העדיפויות לאכיפה (ראו והשוו: עניין חרשה והיובל, פסקה 10; עניין עמונה, פסקה 15). מדיניות זו מביאה לידי ביטוי, בין היתר, את חובתו של המפקד הצבאי להגן על קניינם של תושבים מוגנים באזור יהודה ושומרון (להרחבה על חובה זו ראו: עניין כפר אדומים, פסקה 14). חרף האמור לעיל, גם לאחר פרסום ההכרזה לא נקטה המדינה בצעדים להסרת הבנייה כפי שהתחייבה לעשות מלכתחילה. רק לאחר הגשת העתירה שלפנינו והוצאת צו על תנאי הודיעה המדינה על כוונתה לפעול להסרתם של שבעה מבנים בלבד, והצהירה על לוח זמנים מחייב למימוש האכיפה. בהודעה זו באה לכאורה העתירה ביחס לשבעת המבנים לכדי מיצוי (ראו והשוו: בג"ץ 9060/08 עבדאללה נ' שר הביטחון (21.9.2011)). אולם, אומר כבר עתה כי לאור ההיסטוריה של הליך זה, שדובר עליה קודם ויורחב עליה בהמשך, ראוי שלא להסתפק בהתחייבות המדינה אלא לעשות צו החלטי (וראו את הערתי בעניין ששת המאחזים). בשולי הדברים נותרה מחלוקת גם לעניין עיתוי הפינוי אליה נדרש בסוף הדברים.

27. לעומת זאת, בעניינם של עשרת המבנים בחלקה מס' 79 התמונה מורכבת יותר ומכאן ואילך נתמקד בהם. לפי החלטת הדרג המדיני, בחן הצוות הממשלתי את האפשרות לעשות שימוש בכלי של איחוד וחלוקה. אף שלא נפרשו בפנינו פרטי המתווה המוצע, ניתן להניח כי הכוונה הייתה ליישום מנגנון של חילופי קרקעות (על איחוד וחלוקה ומשמעויותיו ראו באופן כללי אצל שרית דנה ושלום זינגר דיני תכנון ובנייה כרך ב 1111-1135 (2015) (להלן: דנה וזינגר)). בעקבות פסילת המתווה על ידי היועץ המשפטי לממשלה הקודם, החזירה המדינה את הסוגיה לבחינתו של הצוות הממשלתי. בהמשך לכך, ובשלב מתקדם מאוד של ההליך לפנינו (לאחר הגשת תצהירי תשובה ובסמוך מאוד למועד הדיון על-פה), העלתה המדינה את הטענה כי יש לעכב את הליכי האכיפה לגבי עשרת המבנים עד לבחינת הזכויות בחלקה מס' 79 במסגרת הליך רישום ראשון. פתיחה בהליך רישום ראשון היא כיום דרך מרכזית לרישום זכויות במקרקעין באזור יהודה ושומרון. במסגרת הליך זה נבחנות ומוכרעות הזכויות בחלקה פלונית לפי דיני הקרקעות המהותיים החלים באזור. בסופו של ההליך רשאי בעל הזכויות במקרקעין להירשם ככזה, בכפוף להליכי ערר (סעיף 8(ב) לצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה ושומרון) (מס' 1621), התשס"ט-2008; ראו גם: בג"ץ 189/99 עאמר נ' אדם, פ"ד נד(1) 498, 506-512 (2000); בג"ץ 1299/11 צורים 2000 בע"מ נ' ראש המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 3 (5.4.2012)). הליך הרישום הראשון נבדל מהליך הכרזה על אדמות מדינה. בעוד שממצאי הליך רישום ראשון ניתנים כאמור לרישום, ממצאיו של הליך ההכרזה תקפים

במישור הראייתי-מינהלי בלבד ולא ניתן לרשום (עיינו: משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבדיקת הסוגיה של רישום ראשון של מקרקעין באזור יהודה והשומרון, 21 (20.7.2005) (להלן: דו"ח ועדת זמיר)). ככלל, הליך הרישום הראשון מתאים למקרים שבהם אדם פרטי מבקש לרשום חלקה מסוימת על שמו. עם זאת, בקשה לרישום ראשון עשויה להיות מוגשת גם בידי המדינה (תקנה 6 לתקנות רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (בקשות לרישום) (יהודה והשומרון), התשס"ט-2008). כך, למשל, כאשר הממונה על הרכוש הממשלתי מבקש לרשום קרקע שעברה הליך הכרזה על שם המדינה, עליו לעבור לכאורה הליך של רישום ראשון (דו"ח ועדת זמיר, בעמוד 21). בענייננו הנסיבות חריגות יותר, שכן המדינה אינה מבקשת לאשרר את ממצאי סקר הקרקעות וההכרזה שבאה בעקבותיו. היא מבקשת למעשה להביאם לבחינה נוספת במסגרת הליך רישום ראשון. במילים אחרות, בסקר הקרקעות לא נקבע שמדובר באדמות מדינה אף שהשטח נבדק. חרף זאת, עתה מבקשת המדינה לרשום את הקרקע שבמחלוקת על שמה.

28. אני מוכנה להניח כי המדינה רשאית לבקש את רישום הקרקע שבמחלוקת על שמה (לעניין זה ראו והשוו לפסק הדין בעניין ששנת המאחזים, פסקאות 10(ג), 12 ו-17(ב) וכן לפסק הדין המשלים, פסקה 15). עם זאת, בנסיבות העניין, לא די בכך כדי לעכב את מימוש צווי ההריסה. כזכור, ההליך הנוכחי עוסק במבנים אשר אין מחלוקת שנבנו בניגוד לדין. בשל כך ננקטו בעניינם הליכי אכיפה והוצאו ביחס אליהם צווי הפסקת עבודה והריסה. אי-חוקיות זו עומדת על כנה בין אם הקרקע פרטית ובין אם היא ציבורית. "גם זכות קניין כפופה לדיני התכנון, ולמותר ולאסור בגדרם" (פרשת תושבי מגרון, פסקה 10). שיקול זה אינו עומד לבדו. לצדו קיימים טעמים חשובים נוספים המשמיעים לנו כי אין הצדקה לעיכוב הליכי האכיפה, עד להשלמת הליכי הרישום הראשון.

29. בראש ובראשונה, אין חולק כי עיכוב מימוש צווי ההריסה במקרה דנן משמעו סטייה מהתחייבות מפורשת של המדינה לבית-משפט זה, שלפיה ממצאי הסקר יכריעו באופן סופי את עיתוי ואופן האכיפה. בשל התחייבות זו שבו ונדחו לאורך השנים השגות על התנהלות המדינה ביחס לבנייה הבלתי חוקית במאחז. ההתחייבות האמורה אף נכללה בפסק הדין בעתירה הקודמת, תוך שבית המשפט מתרה באזני המדינה כי מצופה ממנה לעמוד בהצהרות שהיא חוזרת ומשמיעה לפני בית המשפט (שם, פסקה 6). והנה, כעת מבקשת המדינה לסגת מהתחייבותה. בית-משפט זה עמד בעבר על החשיבות הרבה שיש לתת לקיום התחייבויות שנוטלת המדינה על עצמה (ראו: עניין ששנת המאחזים, פסקה 13). הדברים נכונים בבחינת קל וחומר לענייננו, שבו מדובר

בהתחייבות בפני בית המשפט אשר מצאה את ביטוייה בפסק-דין (ראו והשוו: עניין גבעת האולפנה). וודאי שלא ניתן לסגת מהתחייבות כזו ללא הצדקה ברורה (השוו: ע"א 3604/13 מנהל רשות המסים נ' אייזינגר (10.5.2015), פסקאות 14-27, ובפרט פסקאות 19 ו-26, וכן האסמכתאות הרבות שם).

30. במקרה דנן, ההצדקה לתפנית החדה וברגע האחרון שחלה בעמדתה של המדינה – עמומה. המדינה אינה מצביעה על טעות קונקרטית שנפלה בסקר הקרקעות, על עובדות חדשות שהתגלו או על שינוי נסיבות מהותי שהתרחש בפועל, אלא נסמכת באופן כללי על השונות המשפטית בין הליך הסקר לבין הליך הרישום הראשון. ואולם, ההבדלים בין ההליכים היו ידועים למדינה מלכתחילה, ואילו רצתה בכך – הייתה יכולה לפנות להליך רישום ראשון לפני זמן רב (כזכור, הליכים לפינויים של מבנים שונים במאחז מתנהלים מזה שנים ארוכות). ניתן היה לעשות כן גם בעבר, בסמוך לאחר סיום הליך הסקר בשנת 2013 או לאחר ההכרזה באפריל 2014, או אפילו לקראת הדיון האחרון, אך המדינה נמנעה מכך. בנסיבות דומות, קבענו לאחרונה כי ככלל אין מקום להמתין לבירור הקנייני בטרם השלמת הליכי האכיפה (בג"ץ 7893/14 דבאבסה נ' ועדת העדרים הצבאית, פסקה 18 (19.7.2016)). דברים אלה רלוונטיים למקרה שלפנינו ופועלים לחובתה של המדינה. המדינה והמשיבים האחרים טענו כי תוצאות הסקר בחלקה מס' 79 חריגות ומפתיעות. לטענתם, לא ניתן היה לצפות את המצב שנוצר, שבו שתי רצועות אדמה צרות בלתי מוכרזות תיקבענה את גורלם של עשרה מבנים המצויים ברובם על אדמות מדינה. אין לקבל את הטענה. אף שממצאי הסקר מעוררים קושי (שכן אכן דינם של מבנים להיהרס רק בשל חריגה חלקית לשטח מחוץ להכרזה), איני סבורה שמדובר בקושי בלתי צפוי או מפתיע. כאשר קודם כל בונים שלא כדין ורק לאחר מכן בודקים את אפשרות ההסדרה – אותה תופעה ידועה שכונתה "נעשה ולאחר מכן נכשיר" (בג"ץ 696/09 חזיו נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 4 (23.2.2011)) – ניתן בהחלט לצפות כי הדבר יעורר בעיות קנייניות או תכנוניות. כך היה, למשל, בפרשת חרשה והיובל שהוזכרה קודם לכן (שבה נותרו חלקי מבנים מחוץ לתחום ההכרזה), וכך גם במקרה שלפנינו. מקשיים אלה ניתן היה להימנע באמצעות בנייה כדין בלבד. לפיכך, במקרה זה אין לייחס לגורם "ההפתעה" משקל רב.

31. בנוסף לכך, מבלי לקבוע מסמרות ובלי לחייב את הוועדה לרישום ראשון, ההיתכנות לרישום הקרקע שבמחלוקת על שם המדינה לוטה בערפל. לטענת המדינה, לפי ממצאי הסקר, שיעורם של המקרקעין המעובדים בחלקה מס' 79 נופל במעט מ-50%. משמעות הדברים היא, כי לא נרכשה לכאורה בעלות פרטית בכל החלקה. עם

זאת, כפי שציינה המדינה בעצמה, לפי הדין המהותי אין משמעות הדבר בהכרח כי החלקה כולה מהווה רכוש ממשלתי. כפי שנפסק, גם אם העיבוד אינו מגיע כדי שיעור של 50% מחטיבת קרקע מסוימת, הרי שאם ניתן להפריד את הקרקע המעובדת מהשטח הכולל, מידת העיבוד תיבחן ביחס לשטח הקרקע המופרדת (ע"א 56/82 מדינת ישראל נ' עזבון רחאל, פ"ד מ(4), 29, 40-41 (1986); ע"א 149/81 סאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 374, 382-383 (1984); ע"א 423/61 אל-עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 2552, 2554 (1961); ע"א 199/65 מדינת ישראל נ' כורי, פ"ד יט(4) 243, 249 (1965); ערר (איו"ש) 54/11 יורשי המנוח עבדאללה אחמד סלום נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, פסקה 42 (15.5.2016)). הדברים סוכמו במחקרו של פרופ' איל זמיר "אדמות המדינה ביהודה ושומרון – סקירה משפטית" 21 (מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל מס' 12, 1985):

"תופעה נפוצה, בעיקר באזורי ההר, היא עיבוד של חלקים וקטעים קטנים בתוך אזור סלעי או תלול שבכללותו אינו ניתן לעיבוד. אם ניתן לראות בקטע מעובד כלשהו חלקה עצמאית, כי אז יש להפרידו מכלל השטח, ולהכיר בזכויותיו של המעבד באותו קטע. אם לא ניתן לראות בקטעים המעובדים חלקות עצמאיות משום זעירותם, המבחן הוא האם כלל השטחים המעובדים ביחידת שטח כלשהי עולה על מחציתו של כלל השטח או לא. אם כן - יש להכיר בזכויותיו של הפרט מכח העיבוד. אם בתוך שטח גדול, המעובד בדלילות, ניתן לתחום שטח אשר בו שיעור העיבוד המפורז עולה על מחצית, יש להכיר בזכויות מכח העיבוד בחלק שיופרד כאמור. הכלל של חמישים אחוזים יחול גם במקרה שבו בתוך שטח מעובד מצויים שטחים שלא עובדו. אדם המעבד, למשל, שטח של חמש מאות דונם אינו זכאי שירשמו על שמו זכויות גם בארבע מאות דונם שוממים הסמוכים לחלקתו. אולם אם הוא מראה שכל תשע מאות הדונם מהווים יחידה אחת, כגון שהם מגודרים בגדר שמעבר לה כל השטחים מעובדים, יזכה המעבד בכל השטח." (ההדגשות הוספו – מ.נ.)

בנוסף לכך, ההכרעה בדבר שיעור העיבוד נגזרת מגבולות תא השטח הנבחן. בענייננו, השאלה מדוע הוכרוזו חלקים מחלקה מס' 79 כאדמות מדינה ואילו חלקים אחרים ממנה נותרו מחוץ לגבולות ההכרזה לא הובהרה. המידע שהוצג לנו לא מספק תשובה ברורה לכך. המדינה לא הגישה לבית המשפט את הראיות עליהן מבוססים ממצאי סקר הקרקעות כגון תצלומי אוויר או חוות דעת מומחים ונמנעה מלנמק את תוצאותיו. זאת, חרף העובדה שבאי כוחה נשאלו על כך מפורשות בדיון על-פה. המדינה אף נמנעה מלהסביר מדוע לדעתה אין להסתמך על ממצאי הסקר דווקא בקשר לחלקה מס' 79, וממילא לא הצביעה על אי-דיוקים ספציפיים או על פגמים אחרים שנפלו בו. על

חוסרים עובדתיים ומשפטיים אלה יש להצר. המדינה היא שניהלה את סקר הקרקעות והחליטה על פרסום ההכרזה, ובחזקתה נמצא כל המידע הרלוונטי. בלי מידע זה, קשה להעריך מהי ההיתכנות, אם בכלל, לרישום הקרקע שבמחלוקת על שמה של המדינה. המדינה אף לא הבהירה את עמדתה שלפיה ברירת המחדל תהא רישום החלקה כולה על שמה אלא אם יוכח אחרת על ידי גורמים פרטיים או את בחירתה שלא לנקוט בהליך רישום ראשון ביחס לחלקות האחרות מושא העתירה. גם סוגיות אלה משליכות על סיכויי הלכאוריים של המהלך המתוכנן. אדגיש: אין אני מחווה דעה כאמור בשאלת סיכויי ההליך של רישום ראשון אם יוגש על ידי המדינה וממילא אין בדעתי להכריע בהליך זה בזכויות קניין. העיקר הוא שאיני רואה בכוונת המדינה לפתוח בהליך כזה במקרה שלפנינו כעילה מספקת לעיכוב ההכרזה לפרק זמן בלתי ידוע (השוו: בג"ץ 10302/07 טל בניה והשקעות קרני שומרון נ' שר הביטחון, פסקאות 36-38 (16.11.2008)). כאשר קובעים איזה משקל יש לתת לשיקולים השונים המתרוצצים בכיפה צריך להביא בחשבון שהמבנים שבהם אנו עוסקים הם "בתים חצויים מחוץ לשטח ההכרזה" (מ/ש 1 הנ"ל), בתוך שטח שנבדק בסקר קרקעות עדכני. לדברי המדינה עצמה, משמעות הדברים היא שמבנים אלה מצויים בשטח "הנחשב כיום לשטח בבעלות פרטית" (הודעה מטעם המדינה מיום 7.3.2016, פסקה 46). בנסיבות אלה קשה לקבל את בקשת המדינה לסגת מהתחייבותה כלפי בית המשפט על בסיס הטענות הכלליות והמידע החלקי שהציגה. ויודגש, כי המדינה בעצמה הסבירה כי בקשתה לעכב את הפינוי עד להכרעה הקניינית מבוססת על עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה "קיימת היתכנות עקרונית להסדרת הבנייה בחלקה 79 באמצעות נקיטה בהליך של 'רישום ראשון'" (ההדגשה הוספה – מ.ג.). אולם, בפועל, בטענותיה של המדינה רב הנסתר על הגלוי וגם בדיון על פה הדברים לא הובהרו עד תום.

32. למעשה, כשמזקקים את טענות המדינה לפנינו, עולה כי המדינה צופה כי הוועדה לרישום ראשון תאמץ מתווה כזה או אחר של איחוד וחלוקה. וכלשונה של המדינה בהודעתה מיום 7.3.2016 "... הוועדה לרישום ראשון עשויה ללכד את שטחי העיבוד השונים בחלקה לכדי חלקה אחת רציפה, המצויה מחוץ לשטח המבונה בחלקה". אלא שההיתכנות של פתרון זה – שנפסל בעבר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה הקודם – הינה תיאורטית לחלוטין בשלב הנוכחי. אעיר, מבלי לקבוע מסמרות, כי איחוד וחלוקה המשנה את מערך הזכויות הקנייניות בקרקע עשוי לעורר קושי כאשר מדובר בקרקע פרטית בבעלות פלסטינית באזור (לעניין הפגיעה האפשרית בזכויות קניין כתוצאה מאיחוד וחלוקה ראו: ע"מ 5839/06 בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז, פסקה 13 (25.9.2008); והשוו לע"א 455/06 חלקה 21 בגוש 6539 בע"מ נ' עיריית הרצליה, פסקה 20 (11.6.2009) ולבג"ץ 407/83 ברוקר נ'

עיריית חולון, פ"ד לח(1) 829, 832 (1984); כן ראו: דנה חיינגר, בעמוד 1113; לעניין חובת המפקד הצבאי להגן על התושבים המוגנים באזור ראו: בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (26.6.2006); עניין עבדאלקאדר). אמנם, בא כוח המדינה ציין בדיון לפנינו כי הפתרון של איחוד וחלוקה אינו עומד על הפרק. אולם, מטענות המדינה בכתב עולה כאמור תמונה אחרת. הספק מתחזק עוד יותר לנוכח כוונת המדינה לבקש מהוועדה לרישום ראשון "לרשום על שמם של גורמים פרטיים (אשר יוכיחו את זכויותיהם בחלקה) שטח הזה בהיקפו להיקף השטח מתוך החלקה, שלא הוגדר כרכוש ממשלתי במסגרת ההכרזה שחלה על החלקה...". בשים לב לטענת המדינה שלפיה מן הראוי לרשום את חלקה מס' 79 על שמה, כוונתה להעניק קרקע חלופית לבעלי זכויות במקרקעין מעוררת תמיהה, ולאמיתו של דבר – דומה כי גם טענה זו מכוונת ליישום מתווה של איחוד וחלוקה.

כאמור אין בדעתי להיכנס לנעליה של ועדת רישום ראשון. אינני מכריעה בעתירה שלפנינו בזכויות קניין או בסיכויי ההצלחה של המדינה בהליך הרישום הראשון. בכך יוכרע בהליך האמור. עם זאת, בנסיבות המקרה, מצופה היה מהמדינה להציג את מלוא המידע המצדיק לשיטתה שלא לקיים את הבטחתה לפעול לפי הסקר ולא להסתפק בטענה הכללית שלפיה הליך רישום ראשון "מדויק יותר" או "מתאים יותר" למחלוקת כמו זו שלפנינו. כך הוא, בשים לב גם לכוונתה לפעול על פי ממצאי הסקר ביחס לחלקות האחרות במאחז דרך האבות.

33. מעבר לדברים אלה, יש לציין כי הליך הרישום הראשון אינו תחום בזמן ולאחריו קיימת אפשרות להגשת ערר ולבסוף עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. לא בכדי סירב בא כוח המדינה בדיון לפנינו להעריך מתי צפוי ההליך להסתיים. יתר על כן, במקרה הנוכחי עסקינן בשלב מקדמי של הכרעה בזכויות קניין. רק לאחר התגברות על הסוגיה הקניינית ניתן יהיה, אם בכלל, לשקול הכשרה בדיעבד. השלב הקנייני הוא שלב הכרחי אך לא מספיק בדרך הארוכה להכשרת המבנים, שבמהלכה יש לתת את הדעת בענייננו גם לשיקולים מדיניים, מוניציפאליים ותכנוניים (ראו והשוו: בג"ץ 5853/04 אמנה תנועה להתיישבות גוש אמונים נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 289, 294 (2004); עע"ם 9057/09 איגוד נ' השמורה בע"מ (20.10.2010)). העולה מהאמור הוא, כי בקשת המדינה לעכב את מימוש צווי ההריסה לגבי עשרת המבנים עד להכרעה בהליך הרישום הראשון, היא למעשה בקשת ארכה ללא הגבלת זמן. לנוכח הראיות המינהליות לכך שמדובר בקרקע לא מוכרזת ובהתחשב ב"היסטוריה" הארוכה של ההליך שלפנינו, קיים קושי לקבל בקשה זו לעכב עד בלי קץ את מימוש צווי ההריסה. השתלשלות העניינים בפרשה שלפנינו הובאה בהרחבה לעיל. כעולה ממנה, בית

המשפט נהג באורך רוח כלפי המדינה ואפשר לה פעם אחר פעם למצות את בדיקתה בעניין מעמד הקרקע. גם בהליך הנוכחי ניתנו למדינה הארכות מועד רבות לצורך גיבוש עמדתה בסוגיות שעל הפרק, אולם הגיעה שעת ההכרעה. לנוכח נסיגתה של המדינה מהתחייבותה לבית המשפט מבלי שהוצגה לכך הצדקה ברורה, לא ניתן עוד להשלים עם הפרת החוק הממושכת. יש לזכור כי הפגיעה בשלטון החוק הולכת וגדלה עם חלוף הזמן שבו אי החוקיות נותרת על כנה (ראו והשוו: עניין מגרון, פסקה 15).

34. המשיבים 5-16 ביקשו לגזור גזירה שווה מפסק דינו של בית-משפט זה בעע"מ 3142/15 אורנשטיין נ' ראש ממשלת ישראל (29.2.2016) (להלן: עניין אורנשטיין) לענייננו. בפסק הדין נדחתה בקשתם של בעלי קרקעות פרטיות רשומות להורות על פינוי פלישה של בני שבט אל עזאזמה לאדמותיהם. זאת, בשל פעולותיה של המדינה להביא לפינוי הפלישה בדרכי שלום. המשיבים 5-16 מבקשים להסיק מפסק הדין כי סוגיית הבעלות בקרקע אינה חזות הכל, וכי לעתים פגיעה מסוימת בה תהיה מוצדקת לאור שיקולים שונים. לטענתם, אם כך היו פני הדברים כאשר דובר בקרקע פרטית מוסדרת בעניין אורנשטיין הנזכר לעיל, כך ראוי שיהיה גם במקרה דנן שבו אין ראייה חותכת להיות הקרקע שבמחלוקת בבעלות פרטית. אין בידי לקבל טענה זו. ככלל, מקובלת עליי העמדה שלפיה לצד הבעלות בקרקע יכולים להתקיים שיקולים רלוונטיים נוספים שיש לשקללם בהכרעה (והשוו לדעת המיעוט שלי בעניין קאסם ולהחלטתי בעניין תושבי מגרון; כן ראו: עע"מ 2847/13 איסמעילוף נ' ראש ממשלת ישראל (23.3.2016)). עם זאת, אין הנדון בעניין אורנשטיין דומה לראיה. באותו מקרה, ביקשה המדינה שהות על מנת להביא לפינוי הקרקע מפולשיה בהסכמה, ונמצא כי הסיכויים לכך הינם ממשיים. לעומת זאת, במקרה שלפנינו, לא עלה בידי המדינה והמשיבים האחרים להצביע על שיקולים מסוג זה. בסופו של דבר, הטעמים הציבוריים העיקריים שעליהם הצביעה המדינה ככאלה המצדיקים לעכב את ביצוע צווי ההריסה הם הותרת התושבים בבתיהם ובקשת הדרג המדיני. אכן, יש קושי לא מבוטל בפינוי כפוי של תושבים מבתיהם שבהם הם מתגוררים שנים רבות. מעבר להשלכות הסוציאליות הכרוכות בהותרת אדם ללא קורת גג, טמונה בפניו פגיעה קשה נוספת הנובעת מהזיקה המיוחדת לבית מגורים. עם זאת, בנסיבות העניין אין בכך די כדי להכשיר את אי החוקיות. ההליכים המשפטיים בעניינו של מאחז דרך האבות מתנהלים מזה שנים ארוכות. במהלך השנים המשיכו להיבנות במקום מבנים שלא כדין, לרבות לאחר שהוצאו צווי הפסקת עבודה והריסה ולאחר שניתן פסק הדין בעתירה הקודמת. בנסיבות אלה, משקלה של הפגיעה בזכויות התושבים אינה יכולה להכריע את הכף. גם מעורבות הרשויות בהקמת המאחז אינה צריכה להשפיע על הכרעתנו. מדובר בענייננו במתן תקציבים מסוימים לביצוע תשתיות בלבד. אין מדובר בהחלטות רשמיות של

הגורמים המוסמכים לאשר את הקמת המאחז (ראו והשוו: עניין מגרון, פסקה 2). המדינה אף לא טענה כי מדובר בשטח הכלול בתחום השיפוט של מועצה מקומית כלשהי. העברת התקציבים אינה מעלה ואינה מורידה איפוא לגבי אכיפת דיני התכנון והבנייה במאחז.

35. אשר לבקשת הדרג המדיני. בכל הכבוד, לבקשת הדרג המדיני אין מעמד מיוחד בהליך השיפוטי. דין המדינה כדין בעלי דין אחרים. אין בבקשת הדרג המדיני כדי להכשיר אי חוקיות מתמשכת והפרת ההתחייבויות שניתנו במסגרת ההליך השיפוטי. יש לזכור כי אנו עוסקים בחובתן של הרשויות לאכוף את דיני התכנון והבנייה. במסגרת זו, ככלל, שיקולים מדיניים אינם ממין העניין. כפי שקבע השופט א' א' לוי בפסק הדין בעתירה הקודמת:

”... אכן, ניתן היה לטעון כי העניין על כל היבטיו כרוך בטבורו בהכרעה מדינית, ועל כן אינו נושא ראוי לביקורת שיפוטית. אולם אימוצה של השקפה זו פירושו כי לעולם שוב לא ניתן יהיה להלין על מחדלי אכיפה, ולא תתאפשר עוד פנייה לבית-המשפט אשר הוא הגורם הטבעי לברר טענות בדבר פגיעה בזכויות הקניין, כמו בעקרונות של צדק ושל מנהל הוגן. תפישה כזו היא זרה לשיטתנו, ולא תוכל לעמוד. כך, למשל, ברי כי לא ניתן היה לקבל טענה ולפיה החליט הדרג המדיני שלא לאכוף עוד כלל את דיני התכנון והבנייה, או כי הוא ממאן להקצות למשימה זו – בה הוא חב על-פי חוק – משאבים. בדומה, תתקשה הביקורת השיפוטית להשלים עם טענה כי המגבלה הטבועה – כדרכו של המעשה השלטוני – בכושרה של רשות מנהלית לאכוף את הדין, מצדיקה את זניחתו, מניה וביה, של בירור בדבר הצידוק שבאכיפה בכל מקרה נתון”.

יושם אל לב, כי דיני התכנון והבנייה נועדו לכלל. חובתו של המפקד הצבאי היא לפעול באופן שוויוני וסביר לאכיפתם. כך במקרה זה וכך במקרים אחרים. לעניין זה יפים דבריו של השופט א' רובינשטיין באחת הפרשות:

”... גם אם קיימים סדרי עדיפויות מוצדקים, אסור שהללו יהוו – ולוא בלי משים ושלא במכוון – כסות להפקרות בבניה. כאמור חוק הוא חוק, בין אם מדובר בבניה בלתי חוקית בקרב התושבים הישראלים ביהודה ובשומרון, בין אם מדובר בתושבים הפלסטינים – ואין להלום מצב של 'איש הישר בעיניו יעשה'... חובת המפקד הצבאי היא לאכוף את החוק באזור, ולא למותר להזכיר כי דיני התכנון – בישראל ובאזור – נועדו

להבטיח בניה ופיתוח נאותים בהווה ובמבט צופה פני עתיד... " (עניין רגבים, פסקה י"ב).

והדברים נכונים גם למקרה שלפנינו ובפרט בשים לב להיסטוריה המתמשכת של ההליך הנוכחי.

36. לפיכך אציע לחבריי לעשות צו החלטי המחייב את המדינה לממש את צווי ההריסה ביחס לעשרת המבנים המצויים בחלקה מס' 79. כן אציע להורות על מימוש צווי ההריסה ביחס לשבעת המבנים הנוספים שהמדינה הכריזה על כוונתה לפנותם. בשים לב לכך שמימוש הצווים כרוך בפינוי תושבים מבתיהם, ובהתחשב במספר המבנים שנדרש לפנותם, אני סבורה כי פרק זמן של שנה וחצי מיום מתן פסק הדין לצורך התארגנות אינו חורג מגדר הסביר (ראו: עניין עמונה, פסקה 18; עניין עפרה, פסקה 16; אך השוו: עניין מגרון, פסקה 16). אין בדברים אלה כדי לפטור את המדינה מהתחייבותה לפנות שניים מהמבנים שנבנו לאחרונה (ושאינם מאוכלסים) עד ליום 31.12.2016.

אשר על כן, לדעתי יש להורות על מימוש צווי ההריסה ביחס למבנים מושא בב"ח 100/04, בב"ח 101/04, בב"ח 127/04, בב"ח 46/03, בב"ח 204/03 וכן על מימוש צווי ההריסה ביחס לעשרת המבנים בחלקה מס' 79 עד ליום 6.3.2018. שני המבנים הנוספים (בב"ח 189/10, בב"ח 110/12) יפונו כאמור עד ליום 31.12.2016. בכך בא הליך זה לכדי סיום. המשיבים 1-4 יישאו בהוצאות העותרים בסך 50,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה מ' נאור.

ניתן היום, כ"ח באב התשע"ו (1.9.2016).

שופט

שופטת

הנשיאה