



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 4340/19

לפני: כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים: 1. אשר דב אורנשטיין
2. אריה גולובנציץ
3. אברהם גולובנציץ

נגד

המשיבים: 1. שר האוצר
2. שר הפנים
3. הועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז דרום
4. היחידה הארצית לפיקוח על הבניה
5. הועדה המרחבית לתכנון ובניה אבו בסמה
6. ועד היישוב ביר הדאג'
7. סבאח אבו לקימה – יו"ר ועד ביר הדאג'

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופטת שרה
דברת) בעת"מ 18-07-2976 מיום 21.5.2019

תאריך הישיבה: כ"ד באייר התש"ף (18.5.2020)

בשם המערערים: עו"ד עמיר פישר

בשם המשיבים 1-4: עו"ד יעל מורג יקו-אל

בשם המשיבה 5: עו"ד ענת אוחיון

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית
משפט לעניינים מנהליים (כב' השופטת שרה דברת) בעת"מ 18-07-2976 מיום
21.5.2019, במסגרתו נדחתה עתירת המערערים לקצוב למשיבים 1-5 מסגרת זמן

במסגרתה עליהם לפעול להוצאה ולמימוש של צווי הריסה ביחס למבנים שהוקמו ללא היתר בדין על מקרקעין שבבעלות המערערים, המצויים במתחם ביר הדאג' בנגב הצפוני.

רקע והליכים קודמים

1. מאז ראשית שנות ה-90, המערערים הינם הבעלים הרשומים של כ-2.6% במקרקעין בשטח של כ-2,000 דונם הידועים כחלקה 3 בגוש 100323, המצויה ממערב לקיבוץ רביבים ומדרום לישוב הקהילתי רתמים (להלן: החלקה הפרטית). מעיון בנסח החלקה הפרטית שצורף לעתירה המנהלית עולה כי מרבית הבעלים בה הם אנשים פרטיים (חלקם אזרחי ישראל וחלקם אזרחי חוץ) וחברות ישראליות. למדינה זכויות הבעלות בכ-5.8% מהחלקה הפרטית; לחברה בשם ראם (אל נא) השקעות בע"מ, שאינה צד להליכים לפנינו, זכויות הבעלות בכ-52.8% מהחלקה הפרטית; ביחס לכ-10.2% מהחלקה מצוין כי הזכויות לא הוסדרו; ליתר הבעלים הרשומים אחוזים בודדים, חלקי אחוזים ושברי אחוזים בחלקה הפרטית.

2. במהלך שנות ה-90 החליטו הרשויות להעביר 15 משפחות בדואיות משבט אלעזומה, שפלו לאדמות מדינה בסביבת הישוב אשלים, לאדמות מדינה במיקום הנוכחי של הישוב ביר הדאג' (להלן גם: הישוב), הממוקם מדרום לחלקה הפרטית ובסמוך לה. בשנים שלאחר מכן, פלו למתחם שבסמוך ליישוב מאות משפחות נוספות מהשבט, ובתוך כך גם לחלקה הפרטית, התפשטו בהם והקימו עליהם מבנים ללא היתרי בניה (להלן: הפולשים ו-מתחם ביר הדאג' או המתחם). נוסף, כי בהתאם להחלטת ממשלה מס' 881 מיום 25.9.2003, בדבר עידוד מעבר הפזורה הבדואית ליישובי קבע, הוכר הישוב ביר הדאג' כחלק ממועצה אזורית אבו בסמה. אולם בשנת 2012 הוחלט על פיצולה של מועצה אזורית זו, ולענייננו נציין כי כיום נכללים הישוב ביר הדאג' ונתח דרומי מהחלקה הפרטית בתחומי מועצה אזורית נווה מדבר (להלן: הנתח הדרומי של החלקה הפרטית ו-מועצת נווה מדבר), ואילו יתרת החלקה הפרטית נכללת בתחומי מועצה אזורית רמת נגב (להלן: הנתח הצפוני של החלקה הפרטית ו-מועצת רמת נגב).

3. באותה שנה, 2012, גילו המערערים כי שטחים שונים מהחלקה הפרטית נתפסו על ידי הפולשים, ולאחר שפניותיהם לרשויות לסילוק הפלישה לא נענו – פנו ביום 23.5.2013 בעתירה מינהלית לבית המשפט קמא, בגדרה התבקש בית המשפט לקצוב לרשויות האכיפה זמן להריסת המבנים הבלתי חוקיים שהוקמו בחלקה הפרטית (עת"מ 46313-05-13. להלן: העתירה הקודמת). המדינה טענה בתגובתה כי ננקטים צעדים משמעותיים לסילוק בהסכמה של הפלישה במתחם ביר הדאג' ולהסדרת התיישבות

הפולשים בישוב ביר הדאג', וצוין בנוסף כי חלק מהפולשים אף חתמו על הסכמתם לפינוי. עוד טענה המדינה כי המהלך מצוי בשלבים מתקדמים, וכי אכיפה נגד הבניה בחלקה הפרטית דווקא עלולה לסכל את ההסדרה המתגבשת כולה. בפסק דין מיום 31.3.2015 דחה בית המשפט קמא את העתירה הקודמת, וזאת לנוכח הליכי ההסדרה בהם נקטה המדינה באותם ימים, והערכותיה לגבי המשך התקדמותם, תוך שקבע כי "ככל שיתברר כי הערכות המדינה היו אופטימיות יתר על המידה, וכי פינוי הפולשים מהמקרקעין אינו נראה באופן, שמורה לעותרים הזכות לשוב ולפנות לבית המשפט" (פסקה 17 לפסק הדין. ערעור שהוגש על פסק הדין נדחה ללא הנמקות בעע"מ 3142/15 אורנשטיין נ' ראש ממשלת ישראל (29.2.2016), בהתאם לתקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).

4. ואולם, בחלוף למעלה משנתיים מאז נדחתה העתירה הקודמת, ביום 9.5.2017 הודיע המנהל הכללי של הרשות לפיתוח והתיישבות הבדואים בנגב כי בשל חוסר שיתוף פעולה מצד תושבי מתחם ביר הדאג', וחוסר רצונם להגיע להסדר, הסתיימה פעילות ההסדרה של הרשות במתחם (מ/15ע/15 למוצגי הערעור. להלן: הרשות לפיתוח והתיישבות ו-הודעת מנכ"ל הרשות, בהתאמה).

5. על רקע זה הוגשה ביום 2.7.2018 העתירה מושא הערעור דנן. במסגרתה מחו המערערים על כך שחרף המצג שהציגו הרשויות לשתי הערכאות שדנו בעתירה הקודמת, התברר כי בפועל אין הסדרה ואף לא אכיפה ביחס למתחם ביר הדאג'. בנסיבות אלו, כך נטען, מצופה היה שהמדינה תפעל באופן מידי להריסת כלל המבנים שהקימו הפולשים במתחם – ולמצער בחלקה הפרטית, בשים לב לטענתה החוזרת של המדינה כי היא אינה מבצעת פעולות אכיפה בה בשל רצונה להשלים את הליכי ההסדרה המתגבשים ביחס למתחם כולו. על כך הוסיפו המערערים פירוט באשר להתרחבות הפלישה במתחם ובחלקה הפרטית, והדגישו כי אין באפשרותם לפעול נגד הפולשים בהליכים אזרחיים, בהתחשב בסכנה הנשקפת למי שנכנס למתחם, ובשל כך שאין ברשותם מידע על זהות הפולשים. משכך, התבקש בעתירה לקבוע זמן סביר שבו תחויב המדינה להשלים את הליכי ההסדרה להם התחייבה.

המשיבים 1-4 (להלן: המדינה) גרסו מנגד, כי יש לדחות את העתירה על הסף בין היתר בשל אי צירוף משיבים רלוונטיים, וקיומו של סעד חלופי בדמות נקיטה בהליכים אזרחיים על ידי המערערים לפינוי הפולשים. לגופם של דברים, שבה המדינה על חלק מטענותיה במסגרת העתירה הקודמת, וסברה כי בנסיבות המקרה דנן לא קמה הצדקה להתערבות שיפוטית בסדרי האכיפה הננקטים על ידה, בפרט בהינתן המאפיינים

הייחודיים של מתחם ביר הדאג', והסכנה הביטחונית הטמונה בכניסה לו. לצד זאת, צוין כי במתחם מצויים כ-8,000 תושבים, המתגוררים בשטח של כ-20,000 דונם, אותם יש להעתיק לשוב ביר הדאג' ששטחו כ-6,500 דונם בלבד. על כן נטען כי האכיפה במתחם נעשית תחילה נגד בניה חדשה, ובעדיפות פחותה יותר כלפי בניה ישנה. המדינה פירטה בנוסף את צעדי האכיפה שנקטו נגד הפולשים לאורך השנים, וטענה כי מאז ניתנה הודעת מנכ"ל הרשות אף הוגברה האכיפה במתחם. עם זאת, המדינה הבהירה כי אין באפשרותה לצפות מתי יושלמו הליכי האכיפה במתחם ובחלקה הפרטית, ואפילו ציינה כי לא ניתן למנוע באופן מוחלט בניה חדשה ובלתי חוקית בהם.

המשיבה 5, הועדה המרחבית לתכנון ובניה אבו בסמה (להלן: הועדה המרחבית, ויחד עם המדינה: המשיבים), שמופקדת על יישום דיני התכנון והבניה בשטח מועצת נווה מדבר, הצטרפה לעמדת המדינה כי יש לדחות את העתירה, והוסיפה כי תוצאה זו מתבקשת גם בשל שיהוי, אי מיצוי הליכים ואי צירוף הפולשים ורשויות נוספות כמשיבים לעתירה.

פסק דינו של בית המשפט קמא

6. ביום 21.5.2019 ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא, במסגרתו נדחתה עתירת המערערים. תחילה עמד בית המשפט על כך שהודעת מנכ"ל הרשות אינה מתיישבת עם תכנית הסדרת ההתיישבות במתחם שהציגה המדינה במסגרת העתירה הקודמת, ועם הארכה שניתנה למדינה בפסק הדין הקודם להשלמת ההסדרה. בהמשך לכך, בית המשפט הסיר מן השולחן מקצת מטענות המשיבים. נקבע כי הטענות לשיהוי ולאי מיצוי הליכים נגד הפולשים טוב להן אם לא היו נטענות, וזאת הן בהתחשב בהזדקקות רשויות האכיפה לליוי מסיבי של שוטרים עם כניסתם למתחם, הן מפני שאין בידי המערערים ואף לא בידי המדינה נתונים לגבי מרביתם המכרעת של הפולשים, והן משום שחובת האכיפה המוטלת על הרשויות בענייננו אינה צריכה להיות כפופה להליכים המשפטיים בהם נוקטים המערערים. בית המשפט העיר בעניין זה כי על פני הדברים אכן נפל פגם בכך שהמערערים לא צרפו כמשיבים לעתירה את חמשת הפולשים שנתונייהם נמסרו להם על ידי המשיבים, וכן רשויות אכיפה נוספות כגון מועצת נווה מדבר ומועצת רמת נגב. אולם נקבע כי בנסיבות המקרה דנן, ובין היתר בשל החלטת המשטרה שלא למצות את החקירה בגין תלונה שהגישו לה המערערים ביום 15.10.2013 (להלן: התלונה מחודש אוקטובר 2013), לא קמה עילה לדחיית העתירה על הסף.

7. לגופו של עניין, הבהיר בית המשפט קמא כי השאלה הניצבת בלב העתירה אינה האם מדיניות האכיפה וההסדרה של המדינה לגבי מתחם ביר הדאג' היא נכונה, אלא האם המדינה פועלת כראוי ליישום המדיניות שנקבעה על ידה. בהמשך לכך, ציטט בית המשפט בהרחבה מתוך פסק הדין שניתן בעע"מ 2847/13 איסמעילוף נ' ראש ממשלת ישראל (23.3.2016) (להלן: עניין איסמעילוף), שעסק גם הוא בפלישה למקרקעין בבעלות פרטית בנגב הצפוני, וצוין כי די באמור שם כדי לדחות את העתירה דנן. זאת, בשים לב לכך שהמשיבים בענייננו אינם מתנערים מחובתם לאכוף את החוק או פועלים באופן בלתי סביר. נקבע עם זאת כי לנוכח הקשיים בביצוע האכיפה במתחם ביר הדאג' והיקפה הרחב של הבנייה הבלתי חוקית בו, אך טבעי הוא שקצב יישום מדיניות המדינה במקום מוכתב על ידי המציאות בשטח. עוד נפסק כי לא ניתן לחייב את המשיבים לתת עדיפות דווקא לפינוי החלקה הפרטית מפולשים, תוך התעלמות מהנעשה ביתר המתחם, וזאת מאחר שהדבר לא בהכרח יביא לתוצאה הרצויה במבט כולל, ובהינתן שהמערערים זנחו את החלקה הפרטית במשך שנים ארוכות, והחלו לפעול להגנה על זכויותיהם בה רק בשנת 2012.

8. לצד זאת, בית המשפט קמא נתן דעתו למורכבות עמה נדרשים המערערים להתמודד במיצוי זכויותיהם הקנייניות בחלקה הפרטית. מצד אחד, נקבע כי אין ספק שהמדינה משקיעה משאבים רבים לפתרון בעיית ההתיישבות במתחם ביר הדאג', והודגש בהקשר זה כי קצב פעילות האכיפה הוגבר לאורך השנים. מצד שני, צוין כי נבואת המערערים במסגרת העתירה הקודמת התגשמה, משהוברר כי לא חלה התקדמות בהליכי ההסדרה במתחם, וכי אלה קרסו סופית עוד בשנת 2017, כעולה מהודעת מנכ"ל הרשות. במצב דברים זה, סבר בית המשפט קמא כי קשה לקבל את טענת המדינה לפיה אין ביכולתה להעריך מתי יושלמו פעולות האכיפה במתחם, שעה שהיא זו שקובעת את סדרי העדיפויות באכיפת בנייה בלתי חוקית. לפיכך נקבע כי הגם שאין מקום לקצוב למדינה מועד להשלמת המדיניות שגיבשה, מצופה ממנה לקבוע לעצמה מסגרות זמנים להשלמת האכיפה הן ביחס לבנייה החדשה במתחם והן ביחס לבנייה הישנה בו, וזאת על אף הקשיים המוכרים והסבוכים באשר להסדרת ההתיישבות הבודואית בנגב. בה בעת, נקבע כי "ככל והנושא לא יסתייע במשך חמש שנים מהיום" תקום למערערים הזכות לשוב ולפנות לבית המשפט בעתירה נוספת. לסיום, הדגיש בית המשפט כי מאחר שאכיפת דיני התכנון והבניה לא תביא בהכרח לפינוי הפולשים מהחלקה הפרטית, אלא לכל היותר להריסת מבנים לא חוקיים שנבנו עליה, על המערערים לנסות במקביל לנקוט בהליכים אזרחיים נגד הפולשים, ולמצער נגד אלה שפרטיהם ידועים להם.

מכאן הערעור שלפנינו.

9. לטענת המערערים, התנהלות המדינה במקרה דנן עולה לכדי התנערות מוחלטת, קיצונית ובלתי סבירה מחובתה לאכוף את החוק ולהגן על זכויותיהם הקנייניות בחלקה הפרטית. המערערים אינם חולקים למעשה על כך שלא נפל פגם במדיניות המדינה להעדיף הסדרה מרצון של ההתיישבות במתחם ביר הדאג', על פני סילוק הפולשים בכוח הזרוע משטח החלקה הפרטית. חלף זאת, מלינים המערערים על כישלונה של המדינה במשך שנים רבות ליישם מדיניות זו, חרף נכונותה להציע לפולשים תמורות נדיבות וחריגות לקבלת הסכמתם להליכי ההסדרה. על כן, נטען שהדרך היחידה למימוש רצון המדינה להביא לפינוי מוסכם של הפלישה במתחם, ובתוך כך בחלקה הפרטית, היא על ידי קציבת מועד מוגדר שממנו ואילך יהיה ברור לפולשים כי תבוצע אכיפה נגד בנייתם הבלתי חוקית. בהתאם לכך, מציינים המערערים כי על אף שפסיקתו של בית משפט זה מבססת מתן סעדי אכיפה מידיים בענייננו, כל שמבוקש על ידיהם הוא "סעד מדוד ומאוזן", כלשונם, שיסייע למדינה להגשים את מדיניותה, קרי קביעת פרק זמן קצוב להוצאה ולמימוש של צווי הריסה ביחס למבנים שנבנו שלא כדין בחלקה הפרטית.

10. לתמיכה בסעד המבוקש על ידם, מציינים המערערים מספר טענות המבליטות לשיטתם את מחדליה של המדינה בהגנה על קניינם: ראשית, נטען כי המציאות בשטח מוכיחה כי אין ממש בטענה שהציגה המדינה בעתירה הקודמת, לפיה במקביל למאמצי ההסדרה ניכרת בלימה של הבנייה החדשה במתחם. בעניין זה, מציינים המערערים כי מאז פנו לראשונה לרשויות הוקמו בחלקה הפרטית 244 מבנים חדשים ונבנו 46 תוספות למבנים קיימים, כמחציתם במהלך השנים 2015-2018. עוד צוין כי בחצי השנה שקדמה למתן פסק הדין בעתירה הקודמת לא הרסה המדינה אף מבנה בחלקה הפרטית למרות שבזמן זה נבנו בה 23 מבנים חדשים. יתרה מכך, נטען כי מהנתונים שהתבררו לפני בית המשפט קמא, עולה כי בשנים האחרונות פעלה המדינה לתמרץ את תושבי המתחם לבנות בתוך החלקה הפרטית דווקא. בעניין זה הודגש כי לאחר שהוגשה העתירה דנן התברר למערערים כי מועצת נווה מדובר סללה כביש באורך כ-1.7 ק"מ בחלקה הפרטית, וכי הם נדרשו לנקוט בהליכים משפטיים על מנת שהמועצה תפנה את המצעים שהניחה על תוואי הדרך.

שנית, גורסים המערערים כי חלוקת העבודה בין רשויות האכיפה השונות, כפי שתוארה בתגובת המדינה לעתירה, בהכרח מונעת כל אפשרות ליישום מדיניותה. כך, נטען כי הסיירת הירוקה, שאחראית על האכיפה מחוץ לתחום השיפוט של מועצת נווה

מדבר, אינה כוללת במתחמי האכיפה שהגדירה את הנתח הצפוני של החלקה הפרטית; ואילו רשות מקרקעי ישראל (להלן: ה"מ"), שאחראית על האכיפה בתוך תחום השיפוט של מועצת נווה מדבר, מתעדפת אכיפה בתוך השטח המתוכנן של הישוב ביר הדאג', שאינו כולל את הנתח הדרומי של החלקה הפרטית. והא ראייה, כך לטענת המערערים, שמתוך 400 תיקי פיקוח שנפתחו במתחם בשנים 2015-2018, רק 4 תיקים בלבד נפתחו ביחס לבנייה שבוצעה בחלקה הפרטית.

שלישית, טוענים המערערים כי ביטוי נוסף למחדלה של המדינה בענייננו מצוי בהתנהלותה של המשטרה בקשר לתלונה מחודש אוקטובר 2013, וצוין כי כל שבוצע בגינה הוא פניית המשטרה לסיירת הירוקה בבקשה לקבל סיוע באיתור הפולשים.

לבסוף, נטען כי אין ללמוד מדחיית הערעור בעניין איסמעילוף לענייננו, מאחר שבשונה מהמקרה דנן, שם המדינה הציגה נתוני אכיפה המלמדים על בלימת בנייה חדשה במקרקעין בבעלות פרטית, ואף חתמה על הסכם עם הפולשים לפינויים מרצון.

11. לנוכח האמור, ועל רקע הנימוקים לדחיית העתירה הראשונה, הודעת מנכ"ל הרשות והבהרת המדינה כי אין באפשרותה להצביע על מועד עתידי לפינוי הפולשים מהחלקה הפרטית – סבורים המערערים כי שגה בית המשפט קמא עת דחה את העתירה דנן. לשיטתם, כל יום שחולף בלא שמבוצעת אכיפה נגד הפולשים רק מחזק את החיבור הפיזי והרגשי שלהם לחלקה הפרטית, ומקטין את היתכנות פינויים ממנה בעתיד. לפיכך, טוענים המערערים כי לו ימתינו 5 שנים נוספות לבירור טענותיהם, בהתאם לקביעת בית המשפט קמא בסוף פסק דינו, הרי שהפגיעה בזכויותיהם הקניינות בחלקה הפרטית תתעצם, ועלולה להתברר כבלתי הפיכה. יתרה מכך, גורסים המערערים כי הקביעה בסוף פסק הדין לפיה עליהם לנקוט במקביל בהליכים אזרחיים נגד הפולשים, אינה אלא לעג לרש. שכן, מלבד מחדליה של המשטרה בטיפול בתלונה מחודש אוקטובר 2013, הרי שבידיהם נתונים לגבי 5 פולשים בלבד וברי כי אף הצלחה בהליכים אזרחיים נגדם לא תשנה מן התמונה הכוללת.

טענות המשיבים

12. המדינה מצדה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא, ושבה על עמדתה כי במקרה דנן לא קמה עילה להתערבות שיפוטית בסדרי העדיפויות של רשויות הפיקוח והאכיפה, אפילו לא בדרך של קציבת זמן להוצאת צווי הריסה לחלקה הפרטית ולביצועם בפועל. כך, מאחר שמדיניות האכיפה שהוגדרה למתחם ביר הדאג' הינה סבירה; כך,

משום שבהתאם לה מבצעת המדינה, תוך השקעת מאמצים רבים, פעולות אכיפה והסדרה, בין היתר בשטח החלקה הפרטית; וכך, על רקע זניחת המקרקעין על ידי המערערים במשך שנים רבות, ומחדלם מלפעול מול הפולשים במקביל גם בהליכים אזרחיים. המדינה מוסיפה כי לא ניתן לבחון את מימוש מדיניותה בחלקה הפרטית לבדה, אלא יש להתבונן על פעילות גופי האכיפה במתחם בכללותה. לעניין זה, מדגישה המדינה שוב את הקשיים הגלומים בצמצום התיישבות אלפי הפולשים לשטח הישוב ביר הדאג'. זאת, בפרט, לנוכח המשאבים המוגבלים העומדים לרשותה, בשים לב למאפייניו הייחודיים של המתחם ובהינתן העדר שיתוף פעולה מספק מצד התושבים המתגוררים בו להליכי ההסדרה. בנסיבות אלו, כך נטען, אין מנוס מתעדוף עבודת גורמי האכיפה באופן שיאפשר תחילה את המשך פיתוח הישוב הקיים ופינוי המגרשים שבתחומו מהפולשים, והקדמת אכיפה כלפי בניה חדשה לאכיפה כלפי בניה ישנה.

13. הועדה המרחבית סבורה גם היא כי דינו של הערעור להידחות, מהטעמים שהציגה המדינה ומהנימוקים שהעלתה בבית המשפט קמא לדחיית העתירה. לצד זאת, מבהירה הועדה המרחבית כי רק הנתח הדרומי של החלקה הפרטית נמצא במרחב התכנוני שלה. בהתייחס לנתח זה, הוצג בסיכומיה פירוט נוסף, מעבר לאמור בסיכומי המדינה, בקשר למצב התכנוני ולפעולות האכיפה וההסדרה הננקטות במתחם.

הדיון בערעור

14. ביום 18.5.2020 קיימנו דיון בערעור. בהחלטה שניתנה למחרת הדיון ציינו כי מטיעוני הצדדים עולה כי המחלוקת ביניהם עוסקת בין היתר בשאלה האם המדינה ממשיכה בפעילות להסדרת התיישבות במתחם, וכן בפעילות האכיפה נגד בנייה בלתי חוקית בו. על כן, הורינו למדינה להגיש הודעה מעדכנת בתוך 6 חודשים בנוגע לפעילות שהיא נוקטת, ואשר בדעתה לנקוט בשתי הסוגיות הנ"ל.

15. בהודעה המעדכנת שהגישה המדינה (להלן: ההודעה המעדכנת), מפורטות פעולות האכיפה שבוצעו במתחם ביר הדאג', בזמן שחלף מאז הדיון, על ידי רמ"י, הסיירת הירוקה והיחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבניה במשרד האוצר (להלן: היחידה הארצית). עוד צוין כי בחודשים אלה חתמה הרשות לפיתוח והתיישבות על 6 הסכמי הסדרה עם תושבים המתגוררים במתחם, וזאת לאחר שעוכב ביצוע צווי הוצאה לפועל נגד תושבים אלה על מנת לאפשר את קידום הליך ההסדרה מולם. כמו כן, נמסר כי הרשות לפיתוח והתיישבות ממשיכה בעבודות הפיתוח בישוב ביר הדאג', המתמקדות

בסלילת כבישים וחיבור מערכת הביוב לתחנת שאיבה. על סמך האמור, שבה המדינה על עמדתה כי לא קמה הצדקה להתערבות שיפוטית במקרה דנן.

16. המערערים מצדם מציינים כי ההודעה המעדכנת אינה מבשרת על פעילות אכיפה חדשה שבוצעה בחלקה הפרטית, על אף שלכך נועד פרק הזמן שחלף מאז התקיים הדיון בערעור. כן נטען כי פעולות האכיפה עליהן דווח בהודעה המעדכנת אינן משנות מן התמונה הכוללת שנפרשה בעתירה ובערעור. יתרה מכך, לשיטת המערערים ניתן ללמוד מ-6 הסכמי ההסדרה שצוינו בהודעה המעדכנת כי "הדרך היחידה להביא לפינוי מוצון היא לייצר איום פיננסי אמיתי ביחס לבניה הקיימת" (סעיף 30 לתגובת המערערים). המערערים מוסיפים ומציינים כי צילומי רחפן עדכניים מלמדים על כך שהבניה הבלתי חוקית בחלקה הפרטית רק מתרבה והולכת.

דיון והכרעה

17. נפתח במובן מאליו בכל מדינת חוק: מצב הדברים במתחם ביר הדאג' בכלל, ובחלקה הפרטית במיוחד, אינו מתקבל על הדעת. המדינה מופקדת על אכיפת שלטון החוק בכל שטחי המדינה וכלפי כל אזרחי המדינה, ואין היא יכולה להסכין למצב דברים לפיו יתקיימו בתחומה אזורים בהם "איש הישר בעיניו יעשה". בכלל זה מחובתה של המדינה להבטיח כי שטחים בבעלות פרטית וציבורית לא יהיו הפקר, ולא יפלו בחלקם של מסיגי גבול ומפרי חוק, התופסים חזקה במקרקעין לא להם, ובונים בתיים ללא זכות וללא היתר. לצורך השלטת משפט וסדר נתונות למדינה סמכויות רחבות, ועומדים לרשותה אמצעים רבים – חזקה על המדינה כי תדע לעשות בהם שימוש נכון ומושכל אשר יביא לתוצאות המקוות והראויות. ומוטב מוקדם מאשר מאוחר.

18. על רקע מושכלות יסוד אלה, גם לא ניתן להקל ראש בפגיעה בזכויותיהם הקנייניות של המערערים. גם כעשור לאחר שהחלו לנקוט בהליכים משפטיים לסילוק פלישה בלתי חוקית מהמקרקעין שבבעלותם, היום בו יוכלו לממש את זכויותיהם בחלקה הפרטית לוט בערפל. נקל להבין את התסכול שחש בעל מקרקעין עת פניותיו החוזרות ונשנות לרשויות אינן מניבות מועד צפוי לאכיפת הדין בהם, בבחינת "אִם-יִתְמַהְמָה תִּפְהִילוּ פִּי-בֵּא יָבֵא לֹא יֵאָחֵר" (חבקוק ב 3). הדברים נכונים ביתר שאת בנסיבות המקרה דנן, בשים לב לתקוות שהמערערים היו עשויים לטפח בקרבם בעקבות הצהרות המדינה בעתירה הקודמת (וראו לעניין זה פסק הדין בעתירה הקודמת, פסקה 12; וגם: בג"ץ 7292/14 מוטא נ' שר הביטחון, פסקה 34 (1.9.2016) (להלן: עניין מוטא)), ובהינתן הודעת

מנכ"ל הרשות בחלוף למעלה משנתיים מאז נדחתה העתירה הקודמת אשר לא רק שלא ביטאה התקדמות בהסדרת פינוי מתחם ביר הדאג' בהסכמה אלא אף נסיגה מיעד זה.

19. ואולם עניינה של העתירה שלפנינו איננו בהצהרות אלא במעשים. רצונם של המערערים אינו שבית המשפט יכיר בזכויותיהם בחלקה הפרטית (זכויות שאינן שנויות כלל במחלוקת), ואף לא שיצהיר על הפגיעות הנגרמות לזכויותיהם הקנייניות בעקבות הפלישות המרובות (פגיעות שאף עליהן המשיבים אינם חולקים). עתירתם היא לכך שבית המשפט יתערב בפעולתם של המשיבים, ויורה להם כי עליהם להביא לסילוק הפולשים מהחלקה הפרטית בתוך מסגרת הזמן שיקצוב לעניין זה. כזאת אין מקום שנעשה לעת הזו. חובתם של המשיבים לפעול להגנת קניינם של המערערים לחוד, ומתן הוראות שיפוטיות כיצד עליהם לממש חובה זו לחוד. הדברים בעיקרם ידועים, ולהלן נעמוד על עיקריהם בקצרה.

20. נקודת המוצא לדיוננו היא שזכות הקניין של המערערים בחלקה הפרטית, אשר על הפגיעה בה אין חולק, אינה מוחלטת ואינה עומדת לבדה. אל מולה ניצבת מדיניות המדינה להסדיר באופן ראוי את ההתיישבות הבלתי חוקית במתחם ביר הדאג', וזאת כחלק מהמאמצים הכוללים להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב. המערערים מבהירים אמנם כי חציהם אינם מופנים למדיניות זו כשלעצמה, אלא אך לאופן מימושה בפועל. ואולם כפי שניווכח הדברים שלובים, והפרדתם אינה אפשרית.

21. דרך הילוכנו מתחילה בהלכה שקנתה לה שביתה בשיטתנו, לפיה הרשות המבצעת היא זו שמופקדת על מדיניות האכיפה נגד בנייה שלא כדין וקביעת סדרי העדיפויות בגדרה, ולכן בתי המשפט יתערבו בשיקול דעתן של הרשויות המוסמכות בעניינים אלה רק במקרים חריגים ונדירים בהם הוכח כי הן מתנערות לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק או כשהתברר כי נפל פגם מהותי אחר בהחלטות שקיבלו (ראו מני רבים: בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון, פסקה 10 (14.10.2007); בג"ץ 72/09 רגבים (לשעבר התנועה לשמירת אדמות הלאום) נ' שר הביטחון, פסקה 5 (13.11.2011); ראו בנוסף: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 275, ה"ש 114 (2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 624-620 (2010)). השופט יצחק עמית עמד בעניין איסמעילוף על הרציונלים המרכזיים שמבססים הלכה זו:

"סיבות רבות עומדות בבסיס כלל זה, וביניהן: ההכרה כי רשויות המדינה פועלות במציאות של משאבים מוגבלים, הן אמונות על חלוקת המשאבים הנדרשים לאכיפת החוק ועליהן לכלכל את צעדי האכיפה 'בהתאם למדיניות

אכיפה ולפי סדרי עדיפות המשתנים עם הנסיבות' [...]; לצד ההכרה במטלות הרבות הנוספות שהרשויות מופקדות על ביצוען, בית המשפט מתקשה לערוך בירור עובדתי ככל שמדובר בעתירה הנוגעת לתופעה רחבת היקף [...]; התערבות בית המשפט בבעיה ספציפית העומדת להכרעתו עלולה להיות בעלת השלכות רוחב על נושאים שלא הובאו בפניו, כגון אינטרסים לאומיים רחבים אותם רשאית המדינה להביא בחשבון במסגרת שיקולי האכיפה [...]; לבסוף, יש לזכור כי קיים מתחם של סבירות, בו הרשות מוסמכת לבחור איך לפעול במקרה קונקרטי מתוך מספר אופציות סבירות, ורשאית הרשות לשקול שיקולי יעילות או שיקולים אחרים במקרה קונקרטי" (שם, פסקה 8 וההפניות שם).

22. אכן, בנסיבות המקרה שנדונו בעניין איסמעילוף נאותה המדינה להצביע על לוח זמנים עקרוני לפינוי פולשים ממקרקעין בבעלות פרטית, והפולשים שם הפגינו שיתוף פעולה רב יותר מזה המצטייר בענייננו. אלא שכל מקרה ונסיבותיו הוא, וכלל אי ההתערבות בסדרי עדיפויות באכיפת דיני התכנון והבניה, והטעמים שבבסיסו, כוחם יפה גם בנסיבות המקרה דנן. אסביר.

23. טענות המערערים מופנות אמנם לפלישה ולבניה הבלתי חוקית בחלקה הפרטית, אך כפי שניתן להיווכח מתצלום האוויר שצורף לעתירה יהא זה חסר תוחלת לדון בחלקה הפרטית במנותק ממתחם ביר הדאג' בכללותו. שהרי, המתחם נפרש כיום על פני כ- 20,000 דונם ובעשירית בלבד מתוכם ממוקמת החלקה הפרטית – כמובלעת. על כן ברי כי פתרון מציאותי ובר קיימא למצב דברים בעייתי זה, אשר ישרת הן את האינטרס הציבורי הכללי בהסדרת ההתיישבות במתחם והן את זכויותיהם של המערערים בחלקה הפרטית, מצוי בהתבוננות על מתחם ביר הדאג' כמכלול. ואכן, הנחת מוצא זו ניצבת ביסוד מדיניות ההסדרה והאכיפה עליה הצהירה המדינה בהליך זה ובהליך שקדם לו, שכן המטרה שהעמידה לנגד עיניה היא לכנס את כלל תושבי המתחם לשטח מוסדר בישוב ביר הדאג' (ולמותר לומר כי הגשמת מטרה זו תביא ממילא לפינוי החלקה הפרטית מתושביה הבלתי חוקיים). דא עקא, שהדרך המובילה ליעד זה רצופה באתגרים שונים ומגוונים. ראשית, ובמבט כולל, בית משפט זה עמד לא אחת על הקשיים הכרוכים בהסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב, שבמקרים רבים הסיגה גבול לקרקעות בבעלות פרטית (ראו למשל: ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פסקה 5 (5.6.2011); עע"מ 2219/10 יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה אבו בסמה נ' עמותת רגבים, פסקה 13 (26.5.2013) (להלן: עניין אבו בסמה); עניין איסמעילוף, פסקה 13). שנית, ובנדון דידן, המשיבים הדגישו בטענותיהם את המורכבות הרבה שנוצרת משילובם של הבאים: צמצום כ-8,000 איש, אישה, זקן, זקנה וטף לשטח הקטן בשני שלישי מהשטח שבו הם

פרושים כעת; העדר שיתוף פעולה מצד מרביתם של הפולשים להליכי ההסדרה; הסיכון הביטחוני הנשקף לגורמי הרשויות בכניסה למתחם ואשר דורש הערכות מוקדמת של אבטחה מתאימה; והקרבה של המתחם לבסיסים צבאיים אשר מגבילה את יכולת הרשויות להסתמך על איתור המתבצע מהאוויר.

24. לפיכך, הגם שיש ממש בעמדת המערערים כי במערך שיקוליהם על רשויות האכיפה להביא בחשבון את הבעלות הפרטית בחלק מהמקרקעין עליהם יושבים הפולשים (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 14-15 (1979)), הרי שהמורכבות הייחודית ויוצאת הדופן של מתחם ביר הדאג' אינה מאפשרת לראות בזכויות המערערים בחלקה הפרטית שיקול בלעדיו אין. זכות הקניין, כיתר זכויות היסוד בישראל, היא זכות יחסית, כשלצד חובתה של המדינה להגן על קניינו של הפרט מחויבת היא לאזן את העלות בהגנה עליו עם יתר החובות המוטלות עליה (עניין איסמעילוף, פסקה 11 וההפניות שם). כך בפרט, בהתחשב במשאבים המוגבלים העומדים לרשותם של המשיבים אותם עליהם להקצות לאכיפת בניה בלתי חוקית בזירות רבות נוספות (בג"ץ 1555/06 קינג נ' עיריית ירושלים, פסקה 3 (15.5.2006); בג"ץ 4475/09 סלמאן נ' שר הביטחון, פסקה 14 (8.8.2010)).

25. לדברים אלה משנה תוקף בענייננו, שהרי מצד אחד למערערים זכויות בכ-2.6% בלבד מהחלקה הפרטית בעוד חלקים אחרים בה מצויים בבעלות פרטית של גורמים אחרים, שלא הצטרפו לעתירה, ומצד שני קיים החשש מפניו הזהירה המדינה כי אכיפת הדין דווקא בחלקה הפרטית עלולה לסכל את הליכי ההסדרה והאכיפה במתחם ביר הדאג' בכללותו, אשר כזכור עוטף את החלקה הפרטית מכל גבולותיה. לכך יש להוסיף גם את הימנעותם של המערערים מנקיטת פעולות נגד הפלישה לחלקה הפרטית במשך מספר לא מבוטל של שנים, אשר ייתכן שהיו מונעות, ולמצער מצמצמות, את הקשיים עמם הם מצפים שהמדינה תתמודד כיום. מכל מקום, קיים קושי בנסיבות דנן להיעתר לבקשת המערערים לבודד את הפגיעה הנגרמת לזכויותיהם הקנייניות בחלקה הפרטית.

26. על רקע זה, איני סבור שהמערערים הצביעו בעתירתם על עילה מבוררת להתערבותנו באופן בו מממשת המדינה את מדיניות ההסדרה והאכיפה שנקבעה למתחם ביר הדאג', על דרך של קביעת לוח זמנים להשלמת פינוי הפולשים. אין לכחד כי אכיפת דיני התכנון והבניה במתחם ראתה מהמורות לאורך השנים, ואף אין הדעת נוחה מההליכים שנדרשו המערערים לנקוט בשנים האחרונות משנודע להם כי הרשויות סללו כביש במקרקעין שבבעלותם. יחד עם זאת, המדינה אינה חולקת על זכות הקניין של

המערערים בחלקה הפרטית, והיא אף הצהירה באופן עקבי כי נושא הסדרת ההתיישבות במתחם ביר הדאג' מצוי בעדיפות גבוהה, וכי בשל כך היא מרכזת בענייניו משאבים רבים. אלא שלשיטת המדינה, פתרון ארוך טווח לבעיית ההתיישבות במתחם, אשר יענה לבסוף גם על הסעדים המבוקשים על ידי המערערים, מצריך קביעה של סדר עדיפויות באכיפה, והקצאת המשאבים בהתאם, והוא צפוי להימשך פרק זמן שלא ניתן לאמוד אותו בשלב הנוכחי. לתפיסה זו, על המורכבות ואי הוודאות הכרוכה בה, לא התרשמתי כי קיימת חלופה יעילה וכת מימוש. בהעדרה של חלופה כזו, אינני רואה כיצד ניתן בשלב הנוכחי לתחום את פעולת המשיבים בלוח זמנים.

27. יתר על כן, מטענות המשיבים עולה כי אכן מופנים משאבים ניכרים להליכי ההסדרה והאכיפה במתחם ביר הדאג', וכי בשנים האחרונות אף ניכרת התקדמות בהליכים אלה. אשר לפעולות הננקטות במישור ההסדרה, יצוין כי כבר בתחילת שנות ה-2000 הוכנה ואושרה תכנית מתאר מפורטת ל"שוב ביר הדאג'", שבגבולותיה 900 מגרשים, ובעקבות חתימה על הסכם הבנות עקרוני החלו בשנות 2007 עבודות תשתית ופיתוח ב"שוב ונבנו בו גן ובתי ספר (ראו עוד בפסקה 11 לפסק הדין בעתירה הקודמת). כמו כן, עד לשנת 2017 חלה התקדמות במשא ומתן שניהלה הרשות לפיתוח והתיישבות עם הפולשים. למרות שהתחזור בתחילת שנת 2017 כי הליכי ההסדרה לא התקדמו כמצופה, המדינה עומדת על כך שהיא ממשיכה בריכוז מאמצים רבים לקידום הסדרה שמטרתה כינוס הפולשים לתוך תחומי ה"שוב. יש להניח כי הצהרה זו של המדינה לא ניתנה מן השפה ולחוץ, שכן, כאמור, בששת החודשים שחלפו מאז התקיים הדיון בערעור חתמה הרשות לפיתוח והתיישבות על 6 הסכמי הסדרה חדשים, ובזמן זה המשיכה בעבודות הפיתוח ב"שוב. לפיכך נראה כי הודעת מנכ"ל הרשות, שניתנה לפני למעלה מ-3 שנים, אינה חזות פני הדברים כיום.

28. בנוסף פירטו המשיבים את הפעולות הננקטות במתחם ביר הדאג' במישור האכיפה. בעניין זה צוין, כי אכיפת דיני התכנון והבניה במתחם החלה בשנת 2010, ובשנים האחרונות היא מבוצעת לפי מדיניות סדורה שאושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2016, במסגרת מסמך "עקרונות וסדרי עדיפויות באכיפה לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 לגבי עבירות בניה בפזורה הבדואית בנגב – פיילוט" (21.6.2016) (להלן: מסמך העקרונות. מש/1(א) למוצגי המדינה). בהתאם למסמך העקרונות, מאמצי האכיפה המנהליים והאזרחיים במתחם מתמקדים בבלימת בניה בלתי חוקית חדשה ובבניה ישנה הפוגעת בהליכי הסדרת ההתיישבות ב"שוב ביר הדאג'. באופן יותר ספציפי, המדינה ציינה כי בשנים 2015-2018 נפתחו למעלה מ-400 תיקים במתחם, וכי רובם המכריע הסתיימו בהריסת מבנים. ביחס לחלקה הפרטית צוין כי נפתחו בשנים

2012-2018 כ-20 תיקי חקירה שעניינם בניה חדשה, וכי גם רובם הסתיימו בהריסת מבנים. עוד צוין כי בעקבות העדר התקדמות מספקת בהליכי ההסדרה והפינוי, הוגבר קצב פעילות האכיפה בשנים 2017-2018, במהלכן נהרסו 286 מבנים חדשים במתחם בהשוואה ל-132 מבנים שנהרסו בשנים 2015-2016. על כך הוסיפה המדינה בהודעה המעדכנת, והתמקדה בפעילותם של רמ"י, היחידה הארצית והסיירת הירוקה במהלך ששת החודשים שחלפו מאז התקיים הדיון בערעור. בתוך כך, צוין בין היתר כי הוצאו 6 צווים לפינוי קרקע בתחום הישוב ו-13 צווים לפינוי קרקע מחוצה לו, וכי הוצאו שני צווי הריסה מינהליים לשני מבנים במתחם, אשר נהרסו בפועל בהריסה עצמית. מוצא אני להעיר בנוסף כי בפתח מסמך העקרונות נכתב כי "סדרי העדיפויות לאכיפה המפורטים במסמך זה יחולו לתקופת נסיון ויבחנו מעת לעת". חזקה על רשויות האכיפה כי הן פועלות בהתאם להנחיה זו, וכי הן ימשיכו לבחון האם דפוסי הפעולה הננקטים ממשיכים לשרת את מדיניות הסדרת ההתיישבות במתחם.

29. לנוכח האמור, לא הונחה תשתית לטענת המערערים כי המדינה מתנערת כליל מחובתה לאכוף בניה בלתי חוקית במתחם ביר הדאג', ובכלל זה בחלקה הפרטית. אף אם פעולות האכיפה שננקטו עד כה לא התפזרו באופן שווה על פני כלל אזורי המתחם, לא שוכנעתי כי בנסיבות המקרה דנן יש בכך ללמד על פגם בהתנהלות המשיבים המצדיק את התערבותנו. מערך האילוצים הייחודי שבמסגרתו נדרשת המדינה לפעול במתחם אך מדגיש את הטעמים המבססים את הלכת אי-ההתערבות בסדרי עדיפויות באכיפת דיני התכנון והבניה, ואת תחולתם בענייננו (השוו: עניין אבו בסמה, פסקה 17; עניין איסמעילוף, פסקה 10 וההפניות שם). נוכח מסקנתי זו, למותר הוא להידרש לטענות הסף שהעלו המשיבים, אך אוכל לציין כי מצופה מהם לסייע למערערים בכל דרך על מנת לקדם במקביל הליכים אזרחיים נגד הפולשים, ככל שהמערערים, או מי מהבעלים האחרים בחלקה הפרטית, יחליטו לנקוט בהם. עוד יובהר כי אין באמור לחסום את דרכם של המערערים לחזור ולפנות לערכאות בעתיד, ככל שתמצא לכך עילה, וזאת אף אם טרם חלפו חמש השנים שנקצבו לכך בהחלטת בית המשפט קמא.

30. בשולי הדברים, יצוין כי המערערים מבקשים להקיש מפסיקה שעסקה בפינוי יישובים יהודיים מקרקע בבעלות פרטית של פלסטינים ביהודה ושומרון לנסיבות המקרה דנן. דומה כי טענות מסוג זה אינן עומדות בלב העניין, ולפיכך טוב עשו המערערים שלפנינו אשר לא יחסו להן משקל מרכזי. אסתפק אפוא בהבהרה כי טענות מסוג זה כבר הועלו בעבר ונדחו על ידי בית משפט זה בהיותן פשטניות ומשוללות בסיס משפטי (עניין איסמעילוף, פסקה 12; עניין מוסא, פסקה 34; וראו גם: בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פסקה 13 (2.8.2011)).

31. הגם שלא השתכנעתי שהמערערים הצביעו בענייננו על עילה להתערבות שיפוטית על פי המבחנים הרלוונטיים שנקבעו בפסיקה, סבורני כי השתלשלות האירועים שמגולל המקרה דנן דורשת חשיבה מחודשת, וייתכן ש"מחוץ לקופסה", מצד רשויות הפיקוח והאכיפה, ביחס למקרים מורכבים של בניה בלתי חוקית על מקרקעין בבעלות פרטית (השוו: עניין איסמעילוף, פסקה 13). אעיר בעניין זה שתי הערות.

ראשית, בית המשפט קמא התייחס בפסק דינו להימנעותה של המדינה מלהציב תאריך יעד לסילוק הפולשים מהחלקה הפרטית, וציין כי "קשה לקבל מענה זה כאשר המדינה היא זו שקובעת את סדרי העדיפויות ומצופה שהמדינה תקבע לעצמה הצפי לכך, לא רק בהתייחס לבנייה החדשה אלא גם לבניה הישנה" (פסקה 23 לפסק הדין). מוצא אני טעם של ממש בדברים אלה, אשר לא זכו להתייחסות המדינה במסגרת הערעור. אף שבית המשפט "אינו אמור לבוא במקום הרשות המוסמכת ולקבוע בעבורה תכנית פעולה לאכיפת החוק" (בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 112, 125 (2000)), דומני כי כלל הגורמים הרלוונטיים יצאו נשכרים מקביעת לוחות זמנים כאמור, אף אם עקרוניים ובלתי קשיחים, על ידי הרשויות המוסמכות. כך, יפעלו הרשויות במסגרת תכנית מוצקה יותר ויוכלו לבחון מעת לעת האם שינויי הנסיבות מצדיקים את הקדמת לוחות הזמנים או את דחייתם; כך, יפנימו הפולשים כי שהייתם הבלתי חוקית במקרקעין הינה זמנית; וכך, ניתן יהיה לשכך את תחושת חוסר הוודאות של בעלי הזכויות במקרקעין בנוגע למועד בו יזכו ליהנות מקניינם.

שנית, והדברים נאמרים בחדא מחתא עם ההערה הקודמת, טוב תעשה המדינה אם במקרים יוצאי דופן – בהם אין ביכולתה לספק כל הערכה סבירה באשר למועד השלמת פינוי פולשים ממקרקעין בבלות פרטית, ומצד שני נקיטה בהליכים אזרחיים על ידי בעלי הזכויות במקרקעין אינה צפויה להניב תוצאות ממשיות – תשקול פתרונות חלופיים אשר יפזרו את הנזק הנגרם לבעלי הזכויות על כלל הציבור. ייתכן שבמקרים חריגים שכאלה, הדורשים עיסוק רב מצד רשויות השלטון השונות כפי שהמקרה שלפנינו מוכיח, יצא הפסדו של הציבור בשכרו אם תבחן המדינה אפשרויות כגון תשלום דמי שימוש ראויים לבעלי הזכויות במקרקעין, מתן קרקע חלופית מתאימה כנגד הזכויות הללו, ואולי אף רכישת הזכויות מבעלי קרקע פרטית שיהיו מעוניינים בכך.

32. המקרה דנן אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים וקיצוניים המצדיקים התערבות שיפוטית במדיניות הרשויות האמונות על אכיפת דיני התכנון והבנייה. לפיכך, אציע לחברי לדחות את הערעור, בכפוף לאמור בפסקה 29 לעיל. עוד אציע כי בנסיבות העניין, לא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק הדין, למסקנתו ולנימוקיו.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. אני מצטרפת לחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, ואבקש להעיר מספר הערות בעניין.

2. אין עוררין על זכותם הקניינית של המערערים בחלקה הנדונה (להלן: החלקה הפרטית), כמו גם על חובתה של המדינה לפעול למען הגנה על זכות זו – המעוגנת מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – מפני פלישה ובנייה בלתי חוקית בחלקה (ראו: בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון, פסקה 16 (2.8.2011); עע"מ 2847/13 איסמעילוף נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 11 (23.3.2016)). נקיטה בהליכי אכיפה כלפי בנייה שאינה חוקית על קרקע המצויה בבעלותו של אחר נחוצה אף לשם שמירה על שלטון החוק, פן יהפכו שטחים פרטיים לשטחי הפקר, שבהם אין דין ואין דיין (וראו: בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הבטחון, פסקה 23 (1.9.2016)).

3. ברם, כפי שעולה מחוות דעתו של חברי, השופט גרוסקופף, התנהלות המדינה בהגנה על זכותם של המערערים לקניין – רחוקה מלהיות משביעת רצון, בלשון המעטה. בעת כתיבת שורות אלה מצויים אנו קרוב לעשור מאז פנייתם הראשונה של המערערים לגורמי המדינה בבקשה לאכוף את הדין ולפנות את הפלישה לחלקתם, וכן קרוב לשנתיים לאחר מועד מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי מושא הערעור דנן. ואולם, חרף הצהרותיה החוזרות ונשנות של המדינה בדבר צעדי הסדרה ואכיפה הננקטים על ידה, נדמה כי עוד ארוכה הדרך עד לפתרון מלא.

4. על רקע התנהלותה המתוארת של המדינה, מבקשים המערערים כי נקצוב לה מועד סופי לאכיפת החוק תוך הריסת הבינוי הבלתי חוקי בחלקה הפרטית. בתוך כך, נסמכים המערערים, בין היתר, על פסקי דין שבהם הורה בית משפט זה למדינה לפנות מבנים בלתי חוקיים אשר הוקמו על ידי יהודים על קרקעות באיו"ש המצויות כבעלות פלסטינית פרטית (ראו למשל: עניין מוסא (מאחז נתיב האבות) ועניין אל-נאבות (מאחז מגרון)).

5. ואכן, בשים לב לפסקי דין אלה, אך מובנת היא בקשת המערערים, אף שכמובן כל מקרה נבחן על פי נסיבותיו-הוא – בין אם לאור התנהלות שונה של בעלי הקרקע, של הפולשים או של גורמי המדינה, ובין אם בשל נסיבות עובדתיות מובחנות. יחד עם זאת, ראיתי להדגיש כי חשיבות ההגנה על זכות הקניין בעינה עומדת, הן בשטחי איו"ש – בין היתר, מכוח החובות אשר משית המשפט הבינלאומי על רשויות המדינה, והן בשטחי ישראל – מכוח הדין הכללי בכלל, ומכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט. על המדינה מוטלת, אפוא, החובה להגן על זכותם של בעלי קרקעות פרטיות, יהיו אשר יהיו, מפני פלישה ובנייה בלתי חוקית בשטחים, ובהתאם לכך, בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית על מנת לוודא כי המדינה אכן עומדת בחובתה זו.

6. לצד האמור, וכפי שציין חברי בחוות דעתו, ההגנה על הזכות לקניין אינה ניצבת לבדה, ולצדה נדרשים גורמי המדינה לתת דעתם על שיקולים רבים נוספים, כדוגמת סדרי עדיפויות תקציביים, מדיניות ממשלתית וכיוצא באלה. על רקע זה, השתרש בפסיקה הכלל כי בית משפט זה יימנע, ככלל, מהתערבות בשיקוליהן של רשויות האכיפה בכל הנוגע לפעילות המתבצעת כלפי בנייה בלתי חוקית, אלא כאשר הרשויות מתנערות במובהק מחובת האכיפה המוטלת עליהן, פועלות באופן בלתי סביר באופן קיצוני או שנפל פגם מהותי שורשי אחר בהתנהלותן (ראו: בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון, פסקה 10 (14.10.2007); בג"ץ 4475/09 סלמאן נ' שר הביטחון, פסקה 14 (8.8.2010); בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הבטחון, פסקה 16 (10.10.2012); עניין איסמעילוף, בפסקה 8). כלל זה ראוי שינחנו בבחינתו של כל מקרה ומקרה המערב מערכת איזונים מורכבת כגון זו שלפנינו, אשר בגדרה ניצבת הזכות לקניין אל מול בינוי בלתי חוקי המשמש מזה זמן מה למגורים, בעוד שברקע עומדים שיקולי אכיפה, מדיניות ומשאבים, הדורשים כולם מענה רגיש וייחודי התואם את צרכי המקום והשעה.

7. עוד יצוין כי במסגרת בחינתן של סוגיות מעין אלה על בית המשפט להביא בגדר שיקוליו קיומן של אפשרויות לפתרון מוסכם (ראו: עניין מוסא, בפסקה 24) או לפתרון שאינו כולל בהכרח פינוי והריסה, כגון הפקעה, תשלום פיצוי כספי לבעלי הקרקע וכיוצא באלה. זאת, בין היתר, בשים לב לקושי הרב הטמון, מטבע הדברים, בפינוי כפוי של בני אדם ומשפחות מבתי מגוריהם זה שנים רבות (ראו והשוו: עניין מוסא, בפסקה 24; עניין איסמעילוף, בפסקה 11), בייחוד נכונים הדברים במקרים שבהם הפלישה נעשתה בתום לב.

8. יישום הדברים שלעיל על ענייננו מוליכני למסקנה כי חרף הקשיים הניכרים הטמונים בהתנהלות המדינה כמבואר לעיל, הרי שכפי שתיאר חברי השופט גרוסקופף בחוות דעתו, מטענות המדינה עולה כי אכן ננקטים צעדי אכיפה במתחם ביר הדאג' ואף נעשות פעולות שונות על מנת להסדיר את הבנייה במתחם. לפיכך, אני סבורה כי לעת הזאת, יש לאפשר למדינה למצות את ניסיונות ההסדרה והאכיפה האמורים, וכי בשלב הנוכחי, המקרה דנן אינו נמנה עם אותם מקרים יוצאי דופן שבהם כלו כל הקיצין ומוצו כל האפשרויות הקיימות, עד שראוי כי בית המשפט ישם עצמו בנעליהן של רשויות האכיפה, יקבע לוחות זמנים ויתערב בסדרי עדיפויות. אשר על כן, באתי לכלל מסקנה כי אין מקום לקצוב למדינה מועד סופי לפינוי ולהריסת הבינוי הבלתי חוקי בחלקה הפרטית, וכי ניתן להסתפק במקרה זה בביטול מגבלת חמש השנים אשר קבע בית המשפט המחוזי להגשת עתירה נוספת בנדון, כפי שהציע חברי בסעיף 29 לחוות דעתו.

9. לבסוף, אציין כי אני מצטרפת לחברי, השופט גרוסקופף, אף בקריאתו לגורמי המדינה לשקול במקרים חריגים כגון דא פתרונות חלופיים ו"יצירתיים", אשר יאפשרו להגן על זכותם של המערערים לקניין בתוך תקופת זמן שאינה ארוכה יתר על המידה, תוך קידום פתרונות מותאמים לבינוי הבלתי חוקי בחלקה הפרטית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, י' באדר התשפ"א (22.2.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט