



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5165/15

לפני :

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות

העותרים :

1. עבד אל רחמן אחמד עבדאלרחמן קאסם
2. רביחה דיאב חמדאן
3. ראש מועצת הכפר דורא אל קרע
4. יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם

נ ג ד

המשיבים :

1. הממונה על מתן התרים בשטחים שנתפסו לצרכים צבאיים
2. וועדת משנה להתנגדויות במועצת התכנון העליונה
3. וועדת המשנה להתיישבות במועצת התכנון העליונה
4. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש
5. שר הביטחון
6. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
7. ראש המנהל האזרחי
8. מועצה מקומית בית אל
9. הוועדה המיוחדת לתכנון ובניה בית אל
10. מ.ד. יהונתן בניה ופיתוח בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

הודעה מטעם המשיבים 7-1 מיום 8.6.2017

תגובה מטעם המשיבות 8-9 מיום 17.7.2017

תגובה מטעם העותרים מיום 18.7.2017 להודעה
מטעם המשיבים 7-1 מיום 8.6.2017

הודעה מטעם המשיבים 7-1 מיום 24.8.2017

תאריך הישיבה: ה' בכסלו התשע"ז (5.12.2016)

בשם העותרים: עו"ד שלומי זכריה; עו"ד מיכל זיו

בשם המשיבים 7-1: עו"ד אסנת מנדל; עו"ד יובל רויטמן;
עו"ד אודי איתן

בשם המשיבות 8-9: עו"ד עקיבא סילבצקי

בשם המשיבה 10: אין התייצבות

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

1. עניינה של העתירה בהחלטת מוסדות התכנון באזור יהודה ושומרון לאשר למתן תוקף את מערכת ההנחיות 219/12/1 (להלן: מערכת ההנחיות), שמכוחה יתאפשר לבנות שני מבנים אזרחיים ורכיבי בינוי נוספים ביישוב בית-אל, על קרקע פרטית פלסטינית רשומה התפוסה בצו התפיסה לצרכים צבאיים 23/79 ת' מיום 18.7.1979 (להלן: צו התפיסה). בעתירה ביקשו העותרים לבטל את ההחלטה לאשר את מערכת ההנחיות האמורה ולבטלה. כן הם ביקשו לבטל את חלקו של צו התפיסה החל על חלקות שבהן הם טוענים לבעלות, ואשר עליהן חלה מערכת ההנחיות מושא העתירה.

2. בד בבד עם העתירה הוגשה בקשה לצו ארעי ולצו ביניים, האוסרים על קידום מערכת ההנחיות ועל ביצוע עבודות בנייה באזור מושא מערכת ההנחיות עד להכרעה בעתירה. בית המשפט הורה למשיבים להגיב לבקשה לצו ביניים. במקביל, עד להחלטה אחרת, ניתן צו ארעי כמבוקש (השופטת ע' ברון, החלטה מיום 26.7.2015). משלא נתקבלה תגובת המשיבים 7-1 (להלן: משיבי המדינה) לבקשה לצו ביניים, הורה בית המשפט על קביעת העתירה לדיון בפני הרכב בהקדם. באותה החלטה נקבע כי תגובות לעתירה ולבקשה לצו ביניים תוגשנה עד 14 ימים לפני מועד הדיון שייקבע (השופטת ע' ברון, החלטה מיום 7.2.2016). מכוח החלטה זו נקבע דיון על-פה, אולם בהמשך

נעתר בית המשפט לבקשה מוסכמת לביטול ולמתן ארכה להגשת תגובתם של משיבי המדינה לעתירה (החלטתי מיום 6.4.2016). לאחר מכן הוגשו מספר בקשות ארכה אחרות מטעם משיבי המדינה – שהתקבלו.

3. בהחלטתי מיום 1.9.2016 ניתנה למשיבי המדינה הארכת מועד נוספת עד ליום 29.9.2016, אך צוין בה הפעם כי לא תינתנה ארכות נוספות. חרף זאת, הוגשה עוד בקשת ארכה. בהחלטתי מיום 6.10.2016 בבקשה ציינתי כי ההליכים בעתירה מתארכים יתר על המידה וכי אף שאין מקום להוצאת צו על תנאי בשלב הנוכחי, יש לקבוע את העתירה לדיון בפני הרכב בהקדם. לפנים משורת הדין ניתנה ארכה אחרונה להגשת תגובת משיבי המדינה לעתירה עד ליום 15.11.2016. בסיפא להחלטה צוין כי סוגיית ההוצאות תישקל בסוף ההליך.

4. ביום 5.12.2016 קיימנו דיון-על פה בעתירה. לאחר הדיון הורינו למשיבי המדינה כדלקמן (הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטת א' חיות, החלטה מיום 3.1.2017):

א. לאחר הדיון, אחת השאלות שבמוקד היא אם יש מקום להתערבות בצו התפיסה 23/79 נשוא העתירה, הנתקף עתה כתום 37 שנים, שבהן פעלו הכל לפיו. פסק הדין בעניין דויקאט... ניתן לאחר הצו ובעקבותיו החלטות הממשלה 145 מיום 11.11.79 ו- 251 מ-9.12.79; ברי מאז פסק דין דויקאט כי אין לבנות על קרקע פרטית בשונה מאדמות מדינה; דבר זה נשתרש כנורמה, קרי, אין מאשרים בניה על קרקע פרטית, ובית משפט זה נדרש לכך לא אחת. השאלה עתה עניינה הבניה על האדמה בה מדובר, שהיא פרטית אך מצויה בצו התפיסה ההיסטורי.

ב. בשלב זה, בטרם נכריע בעתירה ראינו לנכון, בלא שניטע כל מסמרות, לבקש ממשיבי המדינה התייחסות לטענת העותרים כי חל שינוי במשפט הבינלאומי מאז פרשת איוב שבו אושר הצו בנימוק של צורך בטחוני בסיסי... כמו כן תידרש המדינה, אף כאן בלא שניטע מסמרות, לשאלה הניתן לתכנן, ולוא גם משיקולים פרקטיים, את המבנים בהם מדובר, על אדמות מדינה ביישוב, וזאת כדי להימנע ככל האפשר מבניה בקרקע פרטית. הודעת משיבי המדינה תוגש תוך 30 יום. הצדדים האחרים יוכלו להגיב תוך 15 יום נוספים. בעקבות זאת נחליט באשר להמשך הטיפול בעתירה.

5. בעקבות החלטה זו (ולאחר שניתנו מספר הארכות מועד) הגישו משיבי המדינה ביום 8.6.2017 הודעה מטעמם. במסגרת ההודעה נמסר כי לאחר בחינה נוספת של הדברים ובעקבות התפתחויות שונות, נמצא כי קיימת חלופה לבניית יחידות דיור נוספות ביישוב בית אל. על כן, מבלי לגרוע מטענות המשיבים לגוף העניין, הבהירו משיבי המדינה כי בכוונתם להביא לבניית יחידות דיור נוספות ביישוב בית אל, בעוד שכניסתה לתוקף של מערכת ההנחיות מושא העתירה והקמת מבנים מכוחה – תוקפאנה. בנוסף לכך, הודיעו משיבי המדינה כי הם מסכימים שהצו הארעי שניתן בעתירה ימשיך לעמוד בתוקפו, במובן זה שכלל שבעתיד תהיה כוונה לתת היתרים מכוח מערכת ההנחיות, או ככל שמשיבי המדינה יבקשו לנקוט באחת הפעולות שבעניין התבקש צו ארעי (עמוד 2 לעתירה, סעיפים א'-ה'), הם ימסרו הודעה על כך לב"כ העותרים, ואילו הצו הארעי יישאר בתוקף עד 45 ימים לאחר מסירת ההודעה כאמור. לנוכח דברים אלה סבורים משיבי המדינה כי העתירה מיצתה את עצמה ודינה להימחק. המשיבות 8-9 – מועצה מקומית בית אל והוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה בית אל – הביעו מחאה על החלטת משיבי המדינה להקפיא את קידום מערכת ההנחיות מושא העתירה. עם זאת, מאחר שמשיבי המדינה ציינו כי הם לא רואים מניעה מהותית לקידום מערכת ההנחיות בעתיד, הסכימו המשיבות 8-9 למחיקת העתירה. המשיבה 10 ביכרה שלא להגיש תגובה מטעמה.

6. העותרים מצדם מסרו בתגובה ביום 18.7.2017 כי הם מתנגדים למחיקת העתירה. לגישתם אין להשלים עם מצב שבו מערכת ההנחיות תמשיך לחול על קרקע פרטית רשומה, אשר נתפסה לטענתם שלא כדין ושלא לצרכי ביטחון. בראייתם, מערכת ההנחיות מושא העתירה "נולדה בחטא", שכן ייעודה במקור היה להכשיר בדיעבד את בנייתם של מבנים אזרחיים שנבנו שלא כחוק על-ידי יזמים פרטיים. צווי הריסה שהוצאו ביחס למבנים אלה אמנם מומשו בהתאם לדעת הרוב בבג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון (8.9.2014), אולם לשיטתם של העותרים גם כעת אין הצדקה לקדם הסדרה תכנונית של בנייה אזרחית על שטח תפוס לצרכים צבאיים. במישור הקנייני הזכירו העותרים כי כיום אין עוד צורך צבאי הכרחי להחזיק באדמותיהם, והלינו על כך שמשיבי המדינה נמנעו מלהשיב למכלול טענותיהם בדבר הדין הבין-לאומי המתייחס בין היתר לסוגיה זו. לבסוף הזכירו העותרים כי לפי החלטתנו מיום 3.1.2017, התבקשו משיבי המדינה להידרש לשאלה אם ניתן לתכנן את המבנים מושא העתירה על אדמות מדינה ביישוב בית אל, וזאת כדי להימנע ככל האפשר מבנייה על קרקע פרטית. ואולם, טענו העותרים, בתגובתם ציינו משיבי המדינה רק כי "קיימת אפשרות חלופית וזמינה לבניית יחידות דיור נוספות ביישוב בית אל", מבלי להבהיר אם מדובר בחלופה באדמות מדינה אם לאו. העותרים ציינו כי הם פנו בעניין לב"כ המשיבים, אך לא

קיבלו מענה. כן ציינו העותרים בהקשר זה כי ביום 20.6.2017 התקבל אצלם מכתב מאת נציגת יועמ"ש איו"ש, שלפיו אין מניעה לקדם מערכת הנחיות אחרת ביישוב בית אל (מס' 219/14), העוסקת לטענת העותרים בהכשרה בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על קרקע פרטית. מדברים אלה הסיקו העותרים כי בכוונת משיבי המדינה לקדם בנייתן של יחידות דיור חלופיות על גבי אדמות פרטיות, וזאת לצד שמירת האפשרות "להפשיר" בעתיד את מערכת ההנחיות מושא העתירה, המבקשת אף היא לקדם בנייה על אדמות פרטיות. אשר על כן, לשיטת העותרים אין מקום למחיקת העתירה ויש להוציא בה צו-על-תנאי. בנוסף לגישתם יש לחייב את המשיבים בהוצאות משמעותיות בגין ההליכים שהתקיימו עד כה.

7. בהתאם להחלטתי מיום 13.8.2017, הגיבו משיבי המדינה ביום 24.8.2017 לטענת העותרים שלפיה לא ברור היכן עומדות להיבנות יחידות הדיור שהוזכרו בהודעת המדינה כחלופה. במסגרת תגובתם, הבהירו משיבי המדינה כי יחידות הדיור שהוזכרו בהודעתם עתידות להיבנות בתוך תחום השיפוט של היישוב בית אל, על אדמות מדינה. כן ציינו משיבי המדינה כי מדובר בכ-300 יחידות דיור.

8. לאחר שעיינתי בהודעת משיבי המדינה ובתגובות הצדדים האחרים, אני סבורה שהעתירה מיצתה את עצמה ודינה להימחק. בלב העתירה עומדת החלטת משיבי המדינה לאשר את מערכת ההנחיות ולקדם את בנייתם של מבנים אזרחיים מכוחה. החלטת משיבי המדינה להקפיד את קידום מערכת ההנחיות האמורה שינתה את המצב העובדתי והמשפטי, ולמעשה הפכה את הסוגיות שבמוקד העתירה – שבכללן שאלות הנוגעות לדין הבין-לאומי – לתיאורטיות. בנסיבות אלה, ובשים לב להבהרת משיבי המדינה שלפיה החלופה היא בנייה על אדמות מדינה, אין הצדקה להוציא כעת צו-על-תנאי בעתירה ואף אין מקום להותירה תלויה ועומדת. כידוע, ככלל בית המשפט לא יידרש לעתירה תיאורטית, וזאת אף אם העניין הנדון מעלה סוגיות משפטיות בעלות חשיבות עקרונית ואף אם בתחילת הדרך הוא היה אקטואלי (ראו והשוו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג' (5) 241, 250 (1999); יצחק זמיר הסמכות המינהלית ג' 1820-1821 (2014)). כך הוא כאמור גם בענייננו. התרחיש שהציגו העותרים ביחס ל"הפשרת" מערכת ההנחיות מושא העתירה טרם אירע בפועל. על כן, בשלב זה יש קושי לקבוע כי תרחיש זה אכן יתממש כפי שטוענים העותרים, ויש להשאיר את הדיון בו לעתיד לבוא, ככל שיהיה בכך צורך. אם לא כן, עלול להיווצר מצב שבו פסק הדין שניתן על יסוד העובדות הקיימות לא יתיישב עם העובדות שישתנו בעתיד, ולכן ממילא לא יביא לפתרון הסכסוך (ראו והשוו: בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012)). ויודגש, כי לעת הזו

העתירה כאמור מיצתה את עצמה, אולם אין בכך כדי לקבוע מסמרות לגופן של הסוגיות שהתעוררו בה. בנוסף לכך, ככל שלעותרים תהיינה טענות בעניין יחידות הדיור החלופיות שעתידות להיבנות כזכור על אדמות מדינה, תהיה בידם האפשרות להעלותן בהליכים המתאימים. כך הוא גם ביחס להליכי בנייה אחרים המקודמים ביישוב בית אל, ככל שישנם כאלה, שאינם נוגעים לעתירה שלפנינו.

9. לאחר דברים אלה, ובשים לב לכך שמשיבי המדינה ציינו כי ייתכן שבעתיד הם יבקשו לחדש את התהליך התכנוני באזור מושא העתירה, מתבקשות מספר הערות. ראשית, רשמנו לפנינו את התחייבות המדינה שלפיה ככל שבעתיד תהיה כוונה לתת היתרים מכוח מערכת ההנחיות, או ככל שמשיבי המדינה יבקשו לנקוט באחת הפעולות שבעניינן התבקש הצו הארעי (עמוד 2 לעתירה, סעיפים א'-ה'), הם יודיעו על כך לעותרים ואילו הצו הארעי יישאר בתוקף עד 45 ימים לאחר מסירת ההודעה כאמור. יצוין כי לפי האמור בעמוד 2 לעתירה, סעיפים א'-ה', משמעות הדברים הינה בין השאר הימנעות מקידום מערכת ההנחיות מושא העתירה; הימנעות ממתן היתרי בנייה במקרקעין מושא העתירה; נקיטת כל הפעולות הדרושות כדי למנוע פעולות בנייה או פיתוח בתחומי מערכת ההנחיות; והימנעות מלהקצות, לייעד, להתחייב, להעביר או להבטיח לכל גורם זכות כלשהי במקרקעין מושא העתירה. למען הסר ספק יש להבהיר, כי כל המשיבים האחרים לעתירה מחויבים אף הם להותרת המצב בשטח על כנו, בהתאם להתחייבות האמורה של המדינה. בכלל זה, עליהם להימנע מביצוע כל עבודות בנייה, לרבות עבודות להכשרת השטח, בתחומי מערכת ההנחיות מושא העתירה (עמוד 2, סעיף ד' לעתירה).

שנית, המדינה ציינה כי אם בעתיד היא תחליט על שינוי מדיניותה כאמור, היא תעביר את ההודעה לבא-כוחם של העותרים בעתירה זו או לבא-כוח אחר, ככל שיימסר למשיבי המדינה על החלפת ייצוג. לדעתי לא די בהתחייבות זו. ככל שיהיה בכך צורך, על המדינה לדאוג להמצאת ההודעה לעותרים עצמם – בין אם לבאי כוחם ובין אם לעותרים עצמם – ולוודא כי ההודעה נמסרה להם.

10. אשר להוצאות. העתירה שלפנינו הוגשה עוד ביום 26.7.2015. תגובתם המקדמית של משיבי המדינה הוגשה רק ביום 16.11.2016, למעלה משנה לאחר הגשת העתירה ולאחר הגשת בקשות ארכה חוזרות ונשנות. אף שחלק מבקשות אלה הוגש בהסכמה, הן הובילו לעיכוב משמעותי בטיפול בעתירה ולבזבוז זמנם של העותרים ושל בית המשפט. בנוסף לכך, בסופו של דבר החליטו משיבי המדינה לשנות את מדיניותם ביחס למערכת ההנחיות מושא העתירה. דומה כי הדבר אירע במידה רבה

בעקבות הגשת העתירה והחלטת בית המשפט מיום 3.1.2017, שבגדרה התבקשו כאמור המשיבים להתייחס לחלופות לבנייה בתחומי התוכנית מושא העתירה. במכלול נסיבות אלה, אני סבורה כי ראוי לפסוק לחובת משיבי המדינה הוצאות. המשיבים 1-7 יישאו איפוא בהוצאות לטובת העותרים בסך של 10,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

מסכים אני לחוות דעתה של חברתי הנשיאה. יש לברך על כך שמשיבי המדינה היטו אוזן לבקשתנו, בהחלטה מיום 3.1.17, להידרש "... בלא שניטע מסמרות, לשאלה הניתן לתכנן, ולוא גם משיקולים פרקטיים, את המבנים בהם מדובר, על אדמות מדינה ביישוב, וזאת כדי להימנע ככל האפשר מבניה בקרקע פרטית". הודעת משיבי המדינה כי כך יהא, בלא ויתור על עמדה עקרונית, שגם העותרים אינם מוותרים עליה מצדם (מה שקרוי "תוך שמירת זכויות") – היא דבר בעיתו. המציאות המורכבת, זו שביסוד התיק וזו שבנסיבות הכלליות באיזור, מצדיקה גישה פרגמטית של שכל ישר, תחת – כפי שצינתי בדיון – "משפטית נטו". אמרתי שם, בהמשך לדברים שכבר נאמרו במקומות אחרים, כי אילו חיינו במציאות נורמלית, היו העותרים – במישור המעשי – מוכרים או מקבלים קרקע חלופית, מקום שהקרקע נמצאת בלב ישוב, ללא אפשרות שימוש ממשי מצדם; ואוסיף – בודאי בחלוף זמן רב כל כך. ואכן, ראוי למשל דברים דומים בבג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון (27.2.17), פסקה ב' והחלטה מיום 5.2.17 בעניין עיכוב הביצוע שם. אך העותרים אינם יכולים לעשות זאת גם מטעמים פוליטיים, ומכל מקום זו זכותם, ואיננו מצויים במצב נורמלי. מתבקש איפוא, תוך שמירת הטיעון המשפטי, מבט רחב יותר – פרגמטי – לפתרון, תחת "ייקוב הדין", ומוטב שכך אירע לעת הזאת. כאמור, אצטרף לחברתי.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק-דינה של חברתי הנשיאה מ' נאור ולהערוותיו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ש ו פ ט ת

ניתן היום, י"ט באלול התשע"ז (10.9.2017).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה (בדימ')

ה נ ש י א ה