

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2147/06

בפני : כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט י' אלון

העותרת : החברה להגנת הטבע (מלכ"ר)

נ ג ד

המשיבים : 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. משרד הבטחון
3. מינהל מקרקעי ישראל
4. יועץ ראש הממשלה לענייני התיישבות
5. ההסתדרות הציונית העולמית
6. תנועות "אור משימות"
7. חברי גרעין נח"ל עירון

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה : א' באדר א' התשס"ח (7.2.08)

בשם העותרת : עו"ד חגית הלמר

בשם המשיבים 1-4 : עו"ד מיכל צוק-שפיר
בשם המשיבה 5 : עו"ד יוסף לאופר
בשם המשיבה 6 : עו"ד יחזקאל ריינהרץ
בשם המשיב 7 : עו"ד וילצ'יק אליעזר

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

עניינה של העתירה בטענותיה של העותרת, החברה להגנת הטבע, כנגד החלטות המשיבים, ובמרכזן החלטת המשיב 1, לאפשר את הפיכת היאחזות הנח"ל בעירון ליישוב אזורי חדש. בנוסף, תוקפת העותרת את החלטת המשיב 1 שלא להעמיד לדין פלילי את הגורמים השונים המעורבים "שלא כדין" בהליך התאזרחותה של ההיאחזות, לרבות את המשפחות אשר התיישבו במקום לאחר סיום תפקידה של ההיאחזות כבסיס

צבאי. לשיטת העותרת יש לקבוע כי ההליך שננקט להקמת היישוב מנוגד לדיני התכנון והבנייה וכי יש להורות על פינוי המשפחות.

1. היאחזות הנח"ל בעירון (להלן: נח"ל עירון או ההיאחזות) ממוקמת ממזרח ליישוב חריש בשטח שייעודו אינו למגורים. ראשיתה של ההיאחזות בהחלטת שר הביטחון דאז, מר בנימין בן אליעזר, משנת 2002 להקים היאחזות נח"ל חדשה שתאויש על ידי גרעיני תנועת "הצופים" כחלק משירותם הצבאי בנח"ל. מיקום ההיאחזות והמבנים בה אושרו על ידי הוועדה למתקנים ביטחוניים (ראו סעיפים 159 ו-160 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965) (להלן: הולמ"ב). בסמוך לאחר החלטתו של שר הביטחון אישרה גם הממשלה את הקמת ההיאחזות (החלטת ממשלה מס' 1917 מיום 2.6.2002). המועד להפיכתה של ההיאחזות הצבאית ליישוב אזרחי חדש על ידי כ-30 משפחות החברות במשיבה 6 (להלן: תנועת אור משימות), נקבע לחודש מרץ 2005 – כשנתיים לאחר הקמת ההיאחזות. הדבר בא לידי ביטוי, בין השאר, במכתבו של המשיב 4, יועץ ראש הממשלה לענייני התיישבות, מיום 2.1.2005.

2. בעבר, במשך כל השנים, נסמך ההליך של "אזורי" היאחזויות נח"ל על החלטות ממשלה בלבד. מצב זה השתנה לאחר שפורסמה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1800, מיום 6.12.2004, שעניינה "נוהל קבלת החלטה בנושא הקמת ישובים חדשים" (להלן: הנחיית היועץ). הנחיית היועץ הבהירה את ההליך שיש לנקוט בו מעתה ואילך בנושא זה. בהנחיית היועץ נקבע כי החלטות ממשלה לגבי הקמת יישובים חדשים "ללא קשר לשאלת זהות הגורם היוזם את הקמת הישוב" צריכות להיות מנוסחות באופן "עקרוני-כללי" ובאופן שאינו שולל מהגופים המקצועיים האמונים על ההיבטים השונים של הקמת יישובים (כגון מוסדות התכנון) את שיקול דעתם. עוד נקבע בהנחיית היועץ, כי ההחלטה תתקבל על סמך עבודת מטה משותפת של כל "הגורמים המקצועיים הנוגעים בדבר", אשר יתייחסו למדיניות התכנון הכוללת ולהיבטים שונים לרבות היבטים "תקציביים, תשתיתיים, סביבתיים, תעסוקתיים וחברתיים". מעבר לכך, נאמר כי החלטת ממשלה להקים ישוב חדש אינה מחליפה את ההליכים התכנוניים שבחוק, כגון אישורה של תכנית מתאר על ידי מוסדות התכנון, וכי נדרש כי הללו יתקיימו כסדרם.

3. בעקבות הנחיית היועץ, ולאחר שהחלו הפעולות לאזורי ההיאחזות, פנה המשיב 4, יועץ ראש הממשלה לענייני התיישבות, אל היועץ המשפטי לממשלה בכדי לקבל את עמדתו ביחס לתחולת הנחיית היועץ על אזורי ההיאחזות, תוך שהוא מציע שלוש חלופות להמשך התהליך. הראשונה, קבלת אישורו של היועץ המשפטי לממשלה

וקביעת "מעין הוראת מעבר במקרה חריג זה". השנייה, היישוב החדש יחשב כשכונה של היישוב הקיים חריש. והשלישית, "הישוב ימשיך להיות מאושר במתכונת של ולמ"ב (משהב"ט) גם בהמשך, עד אשר יסתיים הנוהל התכנוני של הישוב החדש". במקביל לכך, פנתה המשיבה 5, ההסתדרות הציונית העולמית, בבקשה לוועדה המקומית לתכנון ובניה מנשה-אלונה (להלן: הועדה המקומית) כי יאושר לה שימוש חורג במבני ההיאחזות לשם "מרכז הכשרה להתיישבות". הועדה המקומית אישרה את הבקשה, אך התנתה את אישורה בכך שהבקשה תאושר גם על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז חיפה (להלן: הועדה המחוזית) וכן על ידי הוועדה לשמירת קרקע חקלאית ושטחים פתוחים. ביני לביני, הודיע היועץ המשפטי לממשלה למשיב 4 כי לאור העברת העניין לוועדות המוזכרות לעיל, הוא אינו רואה, בשלב זה, עילה להתערבותו. כאן המקום לציין כי ביום 10.4.2005, עוד בטרם מתן החלטת הועדה המחוזית, נתן ראש המועצה המקומית של קציר-חריש אישור עלייה לקרקע לחברי הגרעין, ומיד לאחר מכן נכנסו למבני ההיאחזות 15 המשפחות הראשונות מבין חברי הגרעין. העותרת טוענת, בין השאר, כי אישור "עלייה לקרקע" זה ניתן שלא כדין. בשלב מאוחר יותר, הצטרפו עוד כעשרים משפחות ובמקום החלו לפעול, בין השאר, מעון וגן ילדים. עוד נציין כי בסופו של יום, משהובהר כי היועצים המשפטיים של הועדה המחוזית ושל משרד הפנים מתנגדים לבקשה לאישור שימוש חורג, לא ניתן האישור.

4. ביום 15.11.2005 ניתנה החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה (להלן: החלטת היועץ), בעניין אזורת היאחזות נח"ל עירון. בהחלטת היועץ נקבע כי:

...כמדומה... אישור הולמ"ב להקים את היאחזות הנח"ל עירון אינו משתרע על איזרוחם של מבני ההיאחזות וכי אין באישור הקמתו של מחנה צבאי ע"י הולמ"ב לצורך היאחזות נח"ל משום אישור להקמתו של יישוב אזורי חדש באותם מבנים... עמדתנו היא, שלא ניתן לעקוף את ההליך התכנוני להקמת יישוב חדש האמור בהנחיית י"מ [היועץ המשפטי – א' ר'] ולהסתפק בהיתר לשימוש חורג, ומוסדות התיכנון אינם מוסמכים להתיר שימוש כזה... עם זאת, לפי מה שנמסר לנו, מתגוררות בתחומי היאחזות הנח"ל עירון כמה עשרות משפחות. בנסיבות שנוצרו אנו סבורים, שיש לתת להן תקופת התארגנות בת 12 חודשים לשם ניסיון להסדיר את מעמדו התיכנוני של האתר, שבמהלכה לא יינקטו הליכים פליליים כנגד מי שביצעו, אם ביצעו, פעולות בניה ושימוש במקום ללא היתר כדין. תקופת ההתארגנות מותנית בתנאים הבאים: קיום הליך תכנוני להקמת יישוב חדש בהתאם להנחית הי"מ; עידכון אישור הולמ"ב, כך שאם יש כוונה שחלק

מההיאחזות ימשיך לשמש כמחנה צבאי, יצומצם ההיתר לחלק זה; הפסקה מיידית של עבודות הבניה והפיתוח במקום, אם מתבצעות עבודות כאלה, וזאת עד להשלמת הליכי התיכנון וככל שאלה יתירו ביצוע עבודות במקום, וכן יידוע המשפחות כי המשך שהייתם במקום כפופה לתוצאת ההליך התיכנוני ולקיום התנאים.

הטעם למתן תקופת ההתארגנות האמורה הוסבר במועד מאוחר יותר באופן

הבא:

עם זאת, היות שבמקום התגוררו בעת הוצאת ההנחיה כמה עשרות משפחות, שגם אם לא ניתנו להן הבטחות שילטוניות מחייבות בעניין איזרוח ההיאחזות, לא ניטען כי היתה להן יד בהליכים החסרים לאישור הקמת יישוב במקום, סבר היועץ המשפטי לממשלה, כי באותו שלב לא היה מקום לנקוט בהליכים פליליים בעניין.

כנגד החלטת היועץ הופנתה העתירה דנן.

5. במהלך תקופת ההתארגנות שנקבעה בהחלטת היועץ (לאחר הגשת העתירה) החלו יתר המשיבים לבחון אפשרויות שונות להסדרת המצב התכנוני של ההיאחזות. בין השאר, נבחנה האפשרות להעביר את המשפחות המתגוררות בהיאחזות לשטח שבעבר שימש את הקיבוץ חריש, מקום שביעודו התכנוני נועד למגורים, וששכן בו באותה עת מחנה צבאי של חיילי משמר הגבול. הרעיון היה להעביר את החיילים לשטח ההיאחזות, שממילא אושר כמחנה צבאי (להלן: חלופת ההצרכה). למעשה, הועלתה חלופת ההצרכה כפתרון אפשרי מכיוון שמוסדות התכנון מצאו כי אין לאשר תכנית להקמת יישוב חדש בשטח ההיאחזות. לשם ביצוע חלופת ההצרכה ביקשו המשיבים 4 ו-5 מהיועץ המשפטי לממשלה להאריך את תקופת ההתארגנות שניתנה בהחלטתו, אך זה סירב לאחר שמצא כי נעשתה התקדמות מועטה מאוד בכדי לקדם את העניין. היועץ המשפטי לממשלה ציין בהחלטתו האמורה כי מבחינה משפטית אין היתר למגורי המשפחות בהיאחזות "והם נמצאים שם אך ורק מכוחה של תקופת ההתארגנות" וכי על המשפחות לפנות את אתר ההיאחזות, שכן אם לא יעשו כן "לא יהיה מנוס מעשיית שימוש באמצעי אכיפה". מספר חודשים לאחר מכן, בסוף חודש פברואר 2007, הוגשה בקשה נוספת בעניין ליועץ המשפטי לממשלה על ידי מנכ"ל משרד ראש הממשלה, מר רענן דינור, תוך שהוא מפרט בבקשתו את הפעולות העתידיות שינקטו לשם ביצוע חלופת ההצרכה בצינו כי אלה יעשו עד לחודש פברואר

2008. בעקבות האמור בפנייה הורה היועץ המשפטי לממשלה לשוב ולעכב נקיטה בהליכים פליליים כנגד משפחות המתיישבים. בדיון שקיימנו בעתירה ביום 12.3.2007 חזרה המדינה על עיקרי הדברים האמורים והצהירה כי תפעל להעברת המשפחות המתגוררות בהיאחזות עד לחודש יולי 2007; העותרת מצידה הביעה את חששה כי הדברים לא יתגבשו "לכלל פעילות אופרטיבית". משכך, הורנו על קיום דיון נוסף בעתירה כעבור ארבעה חודשים.

6. מההודעות והתגובות שהוגשו לקראת הדיון הנוסף בעתירה התברר שקמה התנגדות "נחרצת" לחלופת ההצרכה הן מצד המשיב 3, מנהל מינהל מקרקעי ישראל והן מצד מנכ"ל משרד השיכון; זאת, לאור תכנית שמיועדת ליישב אוכלוסיה חרדית ביישוב חריש הסמוך למתחם הקיבוץ "הנטוש" חריש, אליו כאמור הוצע כי יועברו המשפחות המתגוררות בהיאחזות. בנוסף, הגישו המשיבים 5, 6 ו-7 בקשות למחיקת העתירה מן הטעם שהסעדים המבוקשים בה כנגד החלטת היועץ מיום 15.11.2005 שוב אינם רלוונטיים למצב החדש. עוד נתבשרנו כי המשפחות מסכימות להעברתן אל השטח המוצע בקיבוץ חריש וכי נעשו מספר פעולות במישור התכנוני לקידום חלופת ההצרכה וביצועה בפועל. יחד עם זאת, לאור המחלוקת בין גורמי הממשלה השונים והצורך בתיאום העמדות ובחינת ההיתכנות של ביצוע חלופת ההצרכה, החליט היועץ המשפטי לממשלה ביום 5.7.2007 להמשיך לעכב את הנקיטה בהליכים פליליים בחודשיים ימים. בהתחשב במצב האמור ביקשו המשיבים 1-4 להגיש הודעה מעדכנת בתום התקופה האמורה, ולאחר שהתקיים לפנינו דיון בטענות הצדדים ביום 11.7.2007, נעתרנו לבקשה והורנו כי יתקיים דיון נוסף בעתירה בחלוף שלושה חודשים.

7. בתום התקופה האמורה הודיעו המשיבים לבית המשפט כי לאחר שנערכו ישיבות נוספות בין הגורמים השונים בממשלה ונערכה "בדיקה יסודית של התכנית להקמת עיר חרדית בחריש", נמצא שתכנית עתידית זו אינה עולה בקנה אחד עם חלופת ההצרכה. התוצאה הייתה כי ביום 3.2.2008 נתקבלה החלטת הממשלה מס' 3071 (להלן: החלטת הממשלה), שעניינה בהקמת יישוב חדש ולמעשה הכשרת ההתיישבות של המשפחות במקום; וזו לשון ההחלטה:

1. להקים יישוב קהילתי-דתי חדש באזור עירון, בעדיפות למיקום הנוכחי.
2. להטיל על יו"ר המועצה הארצית לתכנון ובניה להביא את נושא הקמת היישוב, כאמור בסעיף 1 לעיל, לדיון בפני המועצה הארצית, באחת מישיבותיה הקרובות,

לצורך בחינת מגוון ההיבטים התכנוניים והיבטים נוספים הכרוכים בהם, ולגיבוש המלצתה בנושא והגשתה לממשלה בתוך כחודשיים, וזאת במסגרת תפקידה לייעץ לממשלה, על פי סעיף 2 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ובהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1800.

3. להטיל על משרד האוצר להגיש לממשלה התייחסות בהיבט הכלכלי-תקציבי הכרוך בנושא, בתוך המועד האמור.

מועד ביצוע ההחלטה: בתוך חודשיים מיום קבלתה.

לאור החלטת הממשלה החליט היועץ המשפטי לממשלה לעכב את נקיטת ההליכים הפליליים למשך פרק זמן נוסף ולדון בנושא מחדש לאחר קבלת החלטת ממשלה חדשה בדבר הקמת היישוב החדש. העותרת, מצדה, טענה כי החלטת הממשלה כובלת את שיקול הדעת של המוסדות התכנוניים ומעבירה לציבור את המסר כי הממשלה מחלה על אי החוקיות הקיימת על ידי התעלמות מאזכור הדברים בנוסח ההחלטה. על רקע זה התקיים דיון נוסף בעתירה ביום 7.2.2008. בדיון חזרה העותרת על בקשתה כי ינקטו הליכים פליליים והוסיפה וביקשה כי נורה על שינוי נוסח החלטת הממשלה. מנגד טענו המשיבים 1-4, כי אין זה מועד מתאים לנקוט בהליכים שכאלו וכי החלטת הממשלה עולה בקנה אחד עם הנחיית היועץ. התבקשנו לאפשר למשיבים להגיש הודעה מעדכנת תוך שלושה חודשים נוספים. עמדת המשפחות חברות הגרעין נותרה בעינה, והן הביעו נכונות לקבל כל פתרון שיוצע – גם במיקום גיאוגרפי שונה – פתרון אשר יאפשר להן לבנות את בתיהן. בתום שמיעת הצדדים הורנו על הגשת הודעה מעדכנת כעבור תשעים ימים.

8. בעקבות החלטת הממשלה מיום 3.2.2008 נתקיימו דיונים בעניין במוסדות התכנון השונים שלאחריהם הוחלט במועצה הארצית לתכנון ובניה לאמץ את הפתרון של הקמת יישוב אזרחי חדש ב"מיקום הנוכחי", דהיינו, בשטח קיבוץ חריש ששימש כמחנה לחיילי משמר הגבול. בנוסף, בוצעה הערכה בדבר התקציב הנדרש לשם יישום ההחלטה. צעדים אלו הובילו לכך שביום 28.9.2008 דנה הממשלה בסוגיה פעם נוספת ונתקבלה החלטת הממשלה מס' 4137 (להלן: החלטת הממשלה החדשה), הקובעת כי:

בהמשך להחלטת הממשלה 3071 מיום 3.2.08, להמלצת המועצה הארצית לתכנון ובניה מיום 3.6.08, ולחוות הדעת הכלכלית-תקציבית של משרד האוצר, להקים יישוב חדש במיקום היאחזות נח"ל עירון, כדלקמן:

1. היישוב החדש יוקם כיישוב קהילתי, במיקום של "היאחזות נח"ל עירון"...

2. היישוב ייבנה כיישוב קהילתי בהיקף של 350 יחידות דיור....
3. האחריות לתכנון ולפיתוח היישוב מוטלת על משרד הבינוי והשיכון.
4. שר הפנים יקבע, במסגרת סמכותו על פי דין, את שיוכו המוניציפאלי של היישוב...

9. בהתחשב בהחלטת הממשלה החדשה סברו המשיבים כי אין מקום או טעם בנקיטת הליכי אכיפה כנגד המשפחות המתגוררות בהיאחזות וכי אין לנקוט בהליכים פליליים אף כנגד מי מהמשיבים הנוספים; זאת, לאור הפרקטיקה ארוכת השנים שהייתה נהוגה לגבי אזורי היאחזות נח"ל על ידי החלטת ממשלה בלבד. בנוסף, המשיבים ציינו כי לא הוגשה בעניין זה כל תלונה או פנייה למשטרת ישראל. על סמך האמור ביקשו המשיבים למחוק את העתירה.

נוכח עמדת המשיבים ביקשנו את תגובת העותרת וזו הודיעתנו כי אף היא סבורה עתה כי דרישותיה לפנות את המשפחות מן ההיאחזות ולבטל את החלטת היועץ מיום 15.11.2005 התייתרו. אולם, לשיטתה, על בית המשפט להמשיך לברר את טענתה כי יש לנקוט בהליכים פליליים כנגד מי מהמשיבים 2-6 "על מעורבותם באזורי היאחזות הנח"ל שלא כדין", וכן כנגד המשפחות החברות בגרעין שהתיישבו בהיאחזות שלא כדין. כך, למשל, מדגישה העותרת כי הנחיית היועץ פורסמה עוד בטרם החל אזורי ההיאחזות וכי היה על המשיבים לפעול על פיה. עוד מעלה העותרת את החשש מפני השרשת נורמות התנהלות פסולות עקב אי פתיחת הליכים פליליים במקרה זה. לטענתה, שיקולי מדיניות, תחושת הצדק, החובה לנקוט בשוויון בפני החוק והעובדה כי מדובר ב"שיטת עבודה" להקמת יישובים "בניגוד לדין", מחייבים נקיטה בהליכים פליליים במקרה דנן. יתרה מכך, העותרת מציינת כי למשטרה נתונה הסמכות לפתוח בהליך פלילי אף מבלי שתוגש תלונה.

10. עתירה זו, ותיאור מהלך האירועים לעיל, מגלה התנהלות בלתי תקינה, לא עקבית ולא מתואמת של הגורמים הממשלתיים המעורבים בעניין. תחילה הוחלט על הקמת היאחזות נח"ל ולאחריה החלה עבודת ההכנה לשם גיבוש גרעין של מתיישבים לקראת הפיכת ההיאחזות ליישוב אזורי חדש. הליך זה נעשה כדין ובתמיכת הרשויות הנוגעת בדבר. לעומת זאת, השלבים המאוחרים יותר שנעשו במטרה להפוך את ההיאחזות הצבאית ליישוב אזורי חדש נעשו בניגוד להנחיות החדשות שהנהיג היועץ המשפטי לממשלה – כפי שאף צוין בעמדת המשיבים 1-4. כך, במועד כניסתן של משפחות חברי הגרעין להיאחזות הנח"ל לא נתקבלו האישורים הדרושים ממוסדות

התכנון, נעשה שימוש בשטח בניגוד לייעודו ולא יושמו הוראות הדין כפי שפורשו בהנחיית היועץ ביחס להקמת יישוב אזורי חדש, ושהוחלו בהתאם גם על אזורי היאחזויות נח"ל. כפי שהובהר לנו היום על ידי המדינה, גם היא סבורה כי הפרקטיקה אשר הייתה נוהגת בעבר לאישור אזורי היאחזויות נח"ל על ידי החלטת ממשלה בלבד ורק לאחר מכן ביצוע ההליך התכנוני הדרוש, היא פרקטיקה פסולה – אף לפי הדין שחל בטרם פרסום הנחיית היועץ. על אי חוקיות זו עמד היועץ המשפטי בהחלטתו הראשונה בנוגע להיאחזות הנח"ל בעירון, כאשר הבהיר לגורמים הממשלתיים ולמשפחות הגרעין כי יש להסדיר את ישיבתם במקום. בשלב הבא הוחלט על ידי גורמי הממשלה המעורבים כי יש צורך במציאת פתרונות חלופיים שיעניקו מענה מהיר יחסית למצב. חשוב להדגיש כי משפחות הגרעין מצידן היו מוכנות, כמוסבר לעיל, לצאת משטח ההיאחזות ולהשתקע במיקום חלופי ואף הביעו את הסכמתן למצוא תחילה אתר זמני ולאחר מכן לעבור בשנית למיקום סופי חרף כל הקושי שהיה כרוך בכך. עוד נציין כי משפחות אלה קיבלו במהלך כל זמן שהייתן בהיאחזות תמיכה ממשרדי הממשלה השונים, בין היתר, באבטחת המקום ובהקמת גן ילדים. יתרה מכך, בשלב בו נבחנו החלופות השונות לצורך מציאת פתרון מהיר לסוגיה נתגלה חוסר התיאום בין הרשויות השונות והיעדר העקביות בפעולת המשיבים. כך, למשל, ניתן לציין את ההחלטה לאמץ כפתרון מקובל את חלופת ההצרכה והפעולות שנעשו לשם כך, ומנגד את ההתנגדות שקמה לחלופה זו עצמה מצד גורמי השלטון ואת התוכניות שנרקמו בו בזמן להותיר את המשפחות דווקא במקומן – דרישה שלא באה מצד המשפחות עצמן.

11. ברי כי מוטב היה מלכתחילה להימנע מלנקוט בפעולות בעלות משמעות רבה הנעשות בניגוד לדין (ועל אף הפרקטיקה הנוהגת), ובפרט ללא ביצוע הפעולות המקדימות הדרושות לפי דיני התכנון הבניה. היום ברור כי ההליך הנכון שיש לנקוט בו, גם בעת הפיכת היאחזות צבאית של הנח"ל ליישוב אזורי חדש, הוא הקמת ההיאחזות הצבאית, קבלת האישורים הנדרשים ממוסדות התכנון והבניה ובחינת ההיבטים השונים כפי שנקבע בחוק, וזאת עוד קודם לאזורי הישוב. זהו למעשה גם המתווה שנקבע בהנחיית היועץ והמעוגן בדיני התכנון והבניה. לא למותר להזכיר כי בענייננו נכנסו המשפחות למבני ההיאחזות לאחר שפורסמה הנחיית היועץ אשר הבהירה את המצב המשפטי בעניין. לכך כמובן לא היה מקום. מכל מקום, סוגיות אלה שוב אינן עומדות עתה לפתחנו ואין לנו צורך לדון בהן, ומשכך נסתפק בדברים האמורים ונפנה לבחון את טענת העותרת בדבר הצורך לקיים הליכים פליליים בעקבות השתלשלות הדברים.

12. לאחר בחינת טענות הצדדים החלטנו לדחות טענה זו של העותרת. לשיטת העותרת החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בהליכי אכיפה אינה סבירה. אין לקבל טענה זו. אמנם, אין החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה חסינות מפני ביקורת שיפוטית והחלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני אפשר שתביא להתערבותו של בית משפט זה (ראו: בג"ץ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 24, 27 (1997) (להלן: עניין יחב); בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 26.2.2008) פסקות 37-38, 47 ו-51 לפסק דינו של השופט א' א' לוי וכן פסקות 2 ו-11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (להלן: עניין פלונית)). אולם ליועץ המשפטי לממשלה ניתן שיקול דעת רחב בכל הנוגע להפעלת מערכת התביעה ולא בנקל יתערב בית המשפט בהחלטותיו. לשון אחרת: ההתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בנקיטת הליכים פליליים תהא מצומצמת ביותר, קל וחומר במקרה שבו נדרש לעניין בעצמו מספר פעמים. אכן, "בית-משפט זה אינו מעמיד עצמו במקום גורמי התביעה ואין הוא שוקל מה היה מחליט אילו הוא היה בעל הסמכות, משל היה 'יועץ משפטי-על'" (עניין יחב, עמ' 32). בענייננו, לא נתקיימו נסיבות המצדיקות התערבות בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בהליכים פליליים באופן פרסונאלי כנגד גורמים מסוימים מבין המשיבים או כנגד משפחות הגרעין. ודוק: בענייננו, כפי שעולה מתיאור השתלשלות העניינים, התקיימה בחינה חוזרת ונשנית מצדו של היועץ המשפטי לממשלה את נסיבות המקרה, ומפעם לפעם הוחלט להימנע מנקיטת הליכים פליליים לזמנים קצובים. גם היום, החלטת היועץ אינה בבחינת החלטה סופית בעניין, כי אם החלטה הקובעת כי בשלב זה ובהתחשב בנסיבות העניין אין לפתוח בהליכי אכיפה כנגד המשיבים. וודאי ששמורה ליועץ המשפטי לממשלה החירות לשנות מהחלטה זו, ובמיוחד באם ישתנו הנסיבות או אם לא תמומש החלטת הממשלה החדשה לאורך זמן (השוו: בג"ץ 7323/08 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 28.8.2008) פסקה 6).

13. יתרה מכך, החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט באמצעי אכיפה לא נתקבלה בחוסר תום לב או בניגוד לאינטרס הציבורי. במניין השיקולים הרלוונטיים להחלטה האם לפתוח בהליך פלילי כנגד אדם כלשהו ניתן להביא בחשבון שיקולים כגון הנזק שייגרם לפרט אל מול התועלת שבהפעלת ההליך הפלילי – ובענייננו, ההחלטה מבוססת על שיקולים רלוונטיים לעניין והיא אינה חורגת ממתחם שיקול הדעת והסבירות המסור בידיו (עניין יחב, בעמ' 27-32; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 523-528 (1990); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 871-872 (1995); בג"ץ 8749/06 עמותת אומץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 27.12.2007), פס' ו לפסק-דינו של השופט א' א' לוי וכן פסקות 2 ו-11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (להלן: עניין פלונית)).

רובינשטיין; בג"ץ 3495/06 מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 30.7.2007), פסקה 8).

14. החלטה לנקוט בהליכים פליליים מחייבת את היועץ המשפטי לממשלה לפעול במשנה זהירות ובריסון מרבי. כך נהג במקרה שבפנינו ואין אנו מוצאים בכך פסול. וכך נקבע בעבר בהקשר דומה:

שיקול-הדעת המעין-שיפוטי של היועץ בהחלטה אם לפתוח בהליך של חקירה מבוסס לא רק על בחינת הצורך בבירור עובדתי פרטני של הנטען בתלונה, אלא גם על הכרעה ערכית מורכבת המבוססת על שיקולי תועלת ונזק לאינטרס הציבורי, הכרוכים בביצוע חקירה או העמדה לדין (בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 56 (2003)).

היועץ המשפטי לממשלה הביא, ובצדק, במניין שיקוליו גם את הנסיבות שבהן הגיעו משפחות חברי הגרעין למתחם היאחזות הנח"ל בעירון, את התמיכה הממשלתית בהן כמו גם את הניסיון והמאמץ שנעשה על ידי הממשלה להביא להסדרת עניינם. במקרה שלפנינו, לא מדובר שבמצב בו המתיישבים ממאנים להתפנות מהשטח שאליו נכנסו שלא כדין, אלא ברצונה של הממשלה דווקא להשאירם במקום ולנסות להסדיר את עניינם כך שיעלה בקנה אחד עם הדרישות התכנוניות. שיקולים אלה לטעמנו מעידים כי לא רק שהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה אינה לוקה בחוסר סבירות קיצוני, אלא שהיא מצויה במרכזו של מתחם הסבירות הרחב הנתון לו בעת בחינת הצורך בפתיחה בהליכים פליליים. ויודגש, אין בהחלטה שלא להעמיד לדין פלילי את המעורבים בפרשה בכדי לתת הכשר למעשים שנעשו בניגוד לדין.

15. והערה לאחר הדברים האלה: חברתי השופטת ע' ארבל מציינת בפסק דינה את הצורך להקפיד על כיבוד החוק גם בכל הנוגע להתיישבות ועליה על הקרקע. על כך אין חולק, אולם כפי שהבהרתי, אין זה המקרה הרגיל במסגרתו מתבררת באופן טיפוסי סוגיה חשובה זו. נדרשנו לשקול את סבירות התנהלותו של היועץ המשפטי לממשלה – ובה לא מצאנו כל פגם.

16. נוכח כל האמור לעיל, העתירה נדחית. בנסיבות העניין לא ראינו ליתן צו להוצאות.

המשנה-לנשיאה

השופט י' אלון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, המישנה לנשיאה.

דומה כי עיקר הקושי המתעורר במקרה דנן אינו טמון בסוגיית ההחלטה האם יש לנקוט בהליכים פליליים נגד מי מהמשיבים 2 – 6. כפי שמבהיר השופט ריבלין, הנושא נבדק פעם אחר פעם על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בהתאם להתפתחות העניינים בכל שלב ומפעם לפעם הוחלט שלא לנקוט בהליכים פליליים לתקופות קצובות. החלטות אלה של היועץ המשפטי לממשלה התקבלו תוך שקילת מכלול הנסיבות עליהן עמד חברי בפסקה 14 לפסק דינו ומטעמיו סבורה גם אני כי אין להתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, הנכונה לנקודת הזמן הנוכחית.

הקושי העיקרי טמון לדעתי בהתנהלות המשתקפת מהשתלשלות העניינים שתוארה. על חשיבות ההתיישבות על אדמת הארץ דומה שאין צורך להכביר מילים. ההיאחזות בשטח והקמת ישובים היוותה בסיס חשוב ומשמעותי ביותר למפעל ההתיישבות העברי שעליו גאוותנו, ולקיומה של מדינת ישראל. יחד עם זאת, הקמת מדינה שיש בה שלטון חוק, סדרי מינהל ורשויות מוסמכות משמעה כי גם הגשמתה של מטרה חשובה ורצויה זו צריך שתיעשה באופן מוסדר ובמסגרת החוק. אין עוד מקום להתיישבות עצמאית ללא קבלת אישורי הגורמים המוסמכים. אין עוד מקום לקביעת עובדות בשטח והתעלמות מסדרי מנהל. התיישבות אחראית היא זו המכירה בחשיבות מילויים של הליכי האישור להקמת התיישבות חדשה ככתבם וכלשונם, המקפידה על קוצו של יוד הן מתוך כיבוד החוק, הן מתוך הכרה בכך שהליכי האישור מבטיחים את האינטרס הציבורי ושקילת שיקולים רחבים, תכנוניים, חברתיים, סביבתיים ועוד. ההשתלשלות בתיק הנוכחי יוצרת את הרושם כי טרם הופנמה עד תום חובת הציות לדין. למצער נראה כי השתרשה התפישה לפיה ניתן יהא להכשיר את שנעדר "תעודת הכשר" בדיעבד. התנהלות כזו פסולה היא מיסודה. כפי שהבהיר חברי, עניין זה אינו עומד עוד להכרעתנו, משהעותרת הודיעה כי אינה עומדת עוד על דרישתה לפינוי

ההיאחזות ולביטול החלטת היועץ המשפטי לממשלה מיום 15.11.05. יחד עם זאת, ראוי שהדברים יעמדו לנגד עיני הגורמים הרלוונטיים ולעיני הציבור כולו. יידעו הם כי כיבוד החוק והקפדה על השוויון בפניו מצויים בגרעין העמוק של ההליך הדמוקרטי. התנהלות שאין עמה כיבוד החוק לא זו בלבד שהיא מחלישה את המחויבות הציבורית לשלטון החוק ופוגמת במערכת הערכים שהחברה הישראלית מושתתת עליהם, אלא – וזה העיקר – לא בהכרח שהיא תצליח לעולם ותסתיים בהכשרת הנעשה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.

ניתן היום, כ"ב בשבט התשס"ט (16.2.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה-לנשיאה