



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10139/17

לפני : כבוד ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן
כבוד השופטת דפנה ברק-ארז
כבוד השופטת יעל וילנר

העותרים : 1. ראש מועצת הכפר ראס-כרכר
2. חסן מוחמד חסן עודה
3. חסין מוצטפא אסעד בדחה
4. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
5. "עמק שווה" בע"מ

נגד

המשיבים : 1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית
3. קמ"ט ארכיאולוגיה במינהל האזרחי
4. נריה – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות
קהילתית
5. מועצה אזורית מטה בנימין

התנגדות לצו על תנאי

תאריך ישיבה : כ"ז באלול התשפ"ג (13.9.2023)

בשם העותרים : עו"ד שלומי זכריה ; עו"ד ליאור צור

בשם המשיבים 1-3 : עו"ד דניאל מארקס

בשם המשיבות 4-5 : עו"ד אביתר רבנשטיין

פסק-דין

ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן:

עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרים להורות למשיבים 1-3 (להלן גם : המדינה) לאכוף את דיני התכנון והבנייה ביחס לבינוי בלתי חוקי במתחם שמכונה "עיינות ענר" או "נבי ענר" (להלן : המתחם).

1. המתחם מצוי בסמוך לכפר ראס-כרכר וליישוב נריה בבנימין, והבינוי נושא העתירה מצוי על קרקע פלסטינית פרטית לא מוסדרת. כעולה מן העתירה שלפנינו, במתחם נעשה בעבר שימוש לצרכים חקלאיים על ידי בעלי האדמות הפלסטינים. כנטען בעתירה, עוד בשנת 2014 החלו גורמים שונים מהיישוב נריה (אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית; המשיבה 4 בעתירה דנן), לבצע עבודות במקום, ובכלל זאת: חפירת בריכות, הצבת ספסלים, הקמת סככה וסלילת שבילים. בהמשך, ולאחר חטיפתם ורציחתם של הנערים גיל-עד שער, נפתלי פרנקל ואיל יפרח ז"ל, הבנייה והשיפוץ הוקדשו לזכרם. העבודות במקום נמשכו גם בשנים 2015 ו-2016 והן מומנו, לפחות בחלקן, על ידי גורמים במועצה האזורית מטה בנימין (המשיבה 5 בעתירה דנן). יוער כי בשטח המתחם אירעו, למצער מאז שנת 2008, חיכוכים ועימותים בין תושבי האזור הפלסטינים לבין אזרחים ישראלים.

2. בשנת 2016 הגישו העותרים 2-3 (שהם, כנטען, בעלי הזכויות בחלק מהמתחם) תלונה במשטרה ביחס למתרחש במתחם ובהמשך פנו אל מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (להלן: האזור), לראש המינהל האזרחי (הם המשיבים 1-2 בעתירה שלפנינו) וליועץ המשפטי לאזור בבקשה לברר אם הוצאו למבנים שהוקמו במתחם צווי הריסה וצווי הפסקת עבודה; האם בכוונת הרשויות להתחיל בהליכי אכיפה נגד הבנייה; ולחלופין מדוע לא ינקטו ביחס למתחם הליכים מינהליים בהתאם לצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה ושומרון) (מס' 1586), התשס"ז-2007. לבקשת המשיבים 1-2, העבירו העותרים 2-3 פרטים נוספים שהתבקשו ביחס למתחם ולבינוי שנעשה בו. בהמשך, פנו העותרים גם ליועץ המשפטי לאזור ובפנייתם התייחסו גם לפרסום בעלון השבועי של היישוב נריה שבמסגרתו צוין, בין היתר:

"עיינות ענר

אנחנו שמחים לבשר לכם על סיום שלב נוסף (אנחנו מתקבלים לסוף) בשיפוץ עיינות ענר. לשמחתנו הרבה המקום מטויל ומוכר לציבור הרחב. כמו כן גם בני דודינו 'היקרים' כבר כמעט ואינם נצפים במקום. אנחנו רוצים לחזור ולהודות למספר אנשים שהתחילו את בניית המקום" (נספח 13 לעתירה; ההדגשה במקור – ע' פ').

במכתב מספטמבר 2016 ציין רמ"ד מקרקעין בלשכת היועץ המשפטי לאזור כי הנושא נמצא בטיפול מדור פנים ביחידה. בהמשך, השיב קצין פניות הציבור בלשכת ראש המינהל האזרחי כי בוצע סיור במתחם אך לא נמצאה בו בנייה בלתי חוקית.

העותרים שבו והפנו את קצין פניות הציבור לבינוי במתחם, ובתגובה השיב האחרון כי "במקום בוצע סיור ובמהלכו אותרו מספר מבנים בלתי חוקיים. עבור המבנים הבלתי חוקיים נמסרו צווים תכנוניים" (נספח 19 לעתירה, סעיף 2). בא כוח העותרים ביקש לקבל מענה למספר שאלות בהקשר זה, ובפרט, אילו צווים הוצאו ביחס לבינוי במתחם, אך מכתבו זה לא נענה.

העתירה

3. ביום 27.12.2017 הוגשה העתירה שלפנינו, שבגדרה ביקשו העותרים (ראש מועצת הכפר ראס כרכר, שהמתחם מצוי כנטען באדמות ששייכות לכפר; העותרים 2-3 שאוזכרו לעיל, והארגונים "יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם" ו"עמק שווה") שנורה למשיבים 1-3 להוציא ולאכוף צווי הפסקת עבודות וצווי הריסה למבנים שהוקמו על אדמות המתחם. העותרים טוענים כי מדובר בבנייה שנעשתה על קרקע פלסטינית פרטית, ורשויות המדינה מחויבות למנוע את הפרת החוק המתמשכת במתחם. חובה זו נובעת, לדברי העותרים, הן מן המשפט הבינלאומי והחובה להגן על קניין התושבים המוגנים באזור; הן מהחובה להגן על אוצרות התרבות והאתרים ההיסטוריים בשטח; הן מכוח עקרון שלטון החוק.

4. התבקשו תגובות. המשיבות 4-5 ציינו בתגובתם כי פרויקט השיפוץ והבינוי במתחם נערך על ידי בני הנוער של היישוב נריה, שגייסו כספים לאחר רצח שלושת הנערים בשנת 2014. בכלל זאת, שופצו הנביעות, נערכו עבודות איטום וריצוף, הותקנה פרגולה מעץ, הוצבו 12 שולחנות פיקניק עם ספסלי ישיבה והוצבה מצבת אבן שמציינת את זכרם של שלושת הנערים. הפעולות בוצעו, כעולה מן התגובה, בשנים 2014-2016. לדברי המשיבות 4-5 המתחם פתוח לרווחה לכלל הציבור "ישראלי ופלסטיני כאחת" (סעיף 17 לתגובה), ואינו מצוי באתר עתיקות. המשיבה 5 ציינה כי היא דואגת לניקוי הערוץ מפסולת מעת לעת. המשיבות 4-5 טענו כי העותרים לא הוכיחו בעלות במתחם, ולכן אין להידרש לעתירה.

5. המדינה טענה כי דינה של העתירה להידחות, וזאת נוכח שורה של פעולות פיקוח ואכיפה שננקטו ביחס לבינוי הבלתי חוקי נושא העתירה ובהעדר עילה להתערב בקביעת סדרי העדיפויות בהליכי האכיפה. המדינה ציינה כי מבחינת מיקום המתחם, הוא אינו מצוי בתחום אתר העתיקות שמכונה "חורבת ע'נר", וכי החלקות נושא העתירה נמצאות מחוץ לתחום אתר העתיקות. כעולה מן התגובה, בחודש יולי 2017 נפתחו תיקי בניה

בלתי חוקית נגד שלושה מתחמים באתר, והוצאו בעניינם צווי הפסקת עבודה מכוח חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים הירדני מס' 79 לשנת 1966 (להלן: הצווים המקוריים):

א. בריכת אבן בגודל כ-100 מ"ר שמשמשת לשחייה ושביל גישה שמוביל אליה. המקרקעין שעליהם נבנתה הבריכה הם מקרקעין פרטיים לא מוסדרים, והוצא ביחס לבריכה צו הפסקת עבודה שמספרו 050312. עיון בצו מגלה שמדובר בשתי בריכות ושביל.

ב. בריכת אבן בגודל של כ-100 מ"ר שמשמשת לשחייה, שביל גישה, סככת עץ ופינת ישיבה. המקרקעין שעליהם נבנתה הבריכה הם מקרקעין פרטיים לא מוסדרים, והוצא ביחס לבריכה צו הפסקת עבודה שמספרו 050313.

ג. בריכת אבן בגודל של כ-200 מ"ר שמשמשת לשחייה, שביל גישה וסככת ברזל ופינת ישיבה. המקרקעין שעליהם נבנתה הבריכה הם מקרקעין פרטיים לא מוסדרים, והוצא ביחס לבריכה צו הפסקת עבודה שמספרו 050314. עיון בצו מגלה שמדובר בשלוש בריכות ואולם רק שתיים מהן צולמו.

עוד עולה מתגובת המדינה כי ביחס לשלושת המתחמים הומצאו הצווים באמצעות הנחתם בשטח בשל "היעדר מידע בדבר זהות מבצע הבינוי". ביום 27.11.2017 התקיים דיון בוועדת המשנה לפיקוח במינהל האזרחי, אך המחזיק לא התייצב והוחלט על הוצאת צו הריסה סופי לשלושת המתחמים. בנסיבות אלו, המדינה טענה כי אין מקום להתערב בשאלת סדרי האכיפה, וזאת גם בשים לב לכך שהם עשויים להיות מושפעים משאלת תחולתו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה). יוער כי באותה עת היה בתוקף צו ביניים-ארעי שניתן במסגרת העתירות שכוונו לחוקתיות חוק ההסדרה, שלפיו, בין היתר, לא יבוצעו צווים אופרטיביים ביישובים שבהם חל החוק ואשר יש בהם כדי לשנות את המצב הקיים.

6. ביום 27.12.2018 קיימנו דיון ראשון בעתירה (בהרכב השופטים ע' פוגלמן, י' וילנר וע' גרוסקופף) ולאחריו ביקשנו כי המדינה תגיש הודעה משלימה בשאלת תחולתו של חוק ההסדרה. ביום 11.4.2019 הוגשה הודעה משלימה שבמסגרתה עדכנה המדינה כי בשלב זה ככלל לא מבוצעת בחינה לכאורית של תחולת הוראות חוק ההסדרה וכי המקרה דנן לא מצדיק בחינה כאמור. ערב דיון ההמשך בעתירה ביקשה המדינה להגיש

הודעת עדכון שבמסגרתה ציינה כי בסיוור שנערך בחודש ספטמבר 2019 אותרו במתחם שני מבנים חדשים; כי הוצאו למבנים אלה צווי הפסקת עבודה; וכי בדיון שהתקיים בעניינם לפני ועדת המשנה לפיקוח לא התייצב המחזיק, והוועדה החליטה להוציא צו סופי להפסקת עבודה והריסה. העותרים מצדם הוסיפו כי המשיבה 5 הציבה שילוט חדש במתחם.

7. בשלהי שנת 2019 קיימנו דיון המשך בעתירה ואף לאחריו ביקשנו מהמדינה להתייחס לשאלת תחולתו של חוק ההסדרה בהתייחס לצווים שהוצאו ביחס לבנייה במתחם. המדינה מצדה הודיעה כי היא תפתח בבדיקה ביחס לתחולתו הלכאורית של חוק ההסדרה על המבנים במתחם, וזאת בשים לב בין היתר לכך שהעותרים הציגו "מסד עובדתי לכאורי המצביע על קשר בינם ובין חלקות קרקע נטענות שאינן מוסדרות" אשר מצויות באזור המתחם (סעיף 7 להודעה מטעם המדינה מיום 21.1.2020). בראשית חודש יוני 2020 עדכנה המדינה כי הגם שהמשיבה 5 הודיעה תחילה כי אין בידה ראיות לתחולת חוק ההסדרה במקרה דנן, היא עדכנה בסמוך להגשת הודעת העדכון ש"הוועד המקומי נריה הפועל כזרוע של המועצה האזורית מטה בנימין אכן השקיע סך של כ-60,000 ש"ח בתמיכה בפעולות נוער היישוב במתחם המעיין, ובכלל זה בריצוף, בבניית הפרגולות, באיטום הבריכות ועוד" (ראו מש/3 להודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 4.6.2020). משכך, ביקשה המדינה לשוב ולעדכן בדבר תחולתו הלכאורית של חוק ההסדרה על הצווים שנוגעים לבניוי במתחם. ביום 9.6.2020 ניתן פסק הדין בבג"ץ 1308/17 עיריית טלואד נ' הכנסת (9.6.2020) (להלן: עניין טלואד) שבו הוכרזה בטלותו של חוק ההסדרה. בסמוך לאחר מכן הגישה המדינה הודעת עדכון שבמסגרתה ציינה כי בהעדר עילה להימנע ממימוש צווי ההריסה שהוצאו ביחס לבניוי הבלתי חוקי במתחם, אלה ימומשו בהתאם לסדרי העדיפויות, ככל שלא יוסר הבינוי באופן עצמאי עד לחלוף תקופת ההשעיה שנקבעה במסגרת עניין טלואד (פסקה 111 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות).

8. בתגובת העותרים להודעה המעדכנת ביקשו כי נורה למשיבי המדינה להסיר את הבינוי כולו. דיון המשך בעתירה נקבע לחודש דצמבר 2020. מספר ימים לפני מועד הדיון, הגישה המדינה הודעת עדכון שבמסגרתה ביקשה כי הדיון ידחה למועד אחר. המדינה ציינה כי הבינוי אמנם לא הוסר באופן עצמאי, אך במסגרת ההיערכות למימוש צווי ההריסה "עלו שאלות לגבי אופן מימושם", וזאת בין היתר בשל חשש מגרימת נזק לקרקע ולבריכות שהיו במקום או בסביבתן (סעיף 7 להודעת העדכון מטעם המדינה מיום 7.12.2020). המדינה הוסיפה כי לא תתנגד שהדיון הנדחה יתקיים כאילו ניתן צו על

תנאי. בנסיבות אלו הורינו על דחיית הדיון בעתירה וציינו כי במידת הצורך, הדיון הנדחה יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי.

חוות הדעת בדבר היתכנות ההריסה והתפתחויות נוספות

9. ביום 8.3.2021 הגישה המדינה הודעה מעדכנת שעניינה, בעיקרם של דברים, בסיורים שנערכו לצורך בחינת אופן מימוש צווי ההריסה במתחם ובשלוש חוות דעת מקצועיות בנושא. כך, תוארה תחילה חוות דעת הנדסית של ד"ר דוד שטיינברג, מהנדס בניין מוסמך (להלן: חוות הדעת ההנדסית הראשונה). חוות הדעת מונה עמוד אחד, ולפיה "אין גישה לכלים כבדים (באגרים ושופלים) במקום הנ"ל עקב הפרשי גובה ומעברים צרים, עצים שמורים וטרסות אבן". משכך, מסקנתו היא כי "לא ניתן להרוס את המעיינות, בריכות, סככות, ספסלים, מדרגות, מעברים ותעלות מים במקום הנ"ל בלי לפגוע נזק עצום בסביבה הטבעית בלי לנגוע בעצים השמורים, גדרות וטרסות מאבנים עתיקות. צירים חדשים לכלים הכבדים תייצר שינוי בקרקע הטבעית ולא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו". בנוסף, פורטה גם חוות דעת ארכיאולוגית מטעם קמ"ט ארכיאולוגיה במינהל האזרחי (להלן: חוות הדעת הארכיאולוגית), שלפיה בסמוך למתחם קיים אתר ארכיאולוגי מוכרז. כעולה מהודעת העדכון, נציגי קמ"ט ארכיאולוגיה מסרו כי גם אזור המעיינות עצמו רווי עתיקות וכי יש כוונה להכריז עליו כחלק מאתר העתיקות הקיים. משכך, הנחו נציגיו כי ככל שתבוצע פעילות הריסה של הבריכות עליה להתבצע בפיקוח ארכיאולוגי; כי מעבר כלים כבדים על הציר שמוביל לבריכות מחייב ביצוע של הנחת מצעים; כי אין לפרוץ צירים נוספים; וכי ככל שתבוצע פעילות אכיפה נגד הבריכות עצמן יש להעדיף, מבחינה ארכיאולוגית, את איטומן (על פני הריסת קירותיהן).

עוד עדכנה המדינה כי בחודש ינואר 2021 ניתנה חוות דעת ניקוזית הידרו-גיאלוגית מטעם צוות יועצים של חברת "ליגמ – פרויקטים סביבתיים בע"מ" (להלן: חוות הדעת ההידרו-גיאלוגית). כעולה מחוות דעת זו, מדובר בסביבה רגישה מבחינת המערכות האקולוגיות וההידרולוגיות וקיים חשש של ממש שהסטה של מקורות המים (לרבות השבת המצב לקדמותו) תפגע בצמחייה, בבעלי החיים ובנוף. משכך, הומלץ בחוות הדעת לפרק את האלמנטים הקשורים בפיתוח בזהירות, תוך הימנעות מעבודה עם כלים כבדים. בכלל זאת, צוין כי "בגלל רגישות בית הגידול, מוטב היה לו מלכתחילה הפיתוח במקום היה נעשה בצורה המתחשבת במערכת האקולוגית וההידרולוגית. מאחר שלא כך נעשה, לפחות בעת הפעולות להחזרת המקום לקדמותו יש להימנע מפגיעה נוספת" (שם, בעמ' 9).

10. בשנים לב לחוות דעת אלו, עמדת המדינה הייתה כי מימוש הצווים יהא בדרך של פינוי רכיבי הבינוי המחוברים הניתנים להסרה (סככות, ספסלים, נדנדות, שלטים וכיוצא באלה) ובהעתקת האנדרטה לזכר שלושת הנערים. בשונה, בכל הנוגע לבריכות המים ושבילי האבן שביניהן, עמדת המדינה הייתה כי מימוש הצווים לא יכלול את הריסתם. עוד צוין כי המועצה האזורית מסרה כי בכוונתה להסיר באופן עצמאי את רכיבי הבינוי ולהעתיק את האנדרטה תוך זמן קצר. לעמדת המדינה, מתווה הפינוי המוצע נותן מענה ראוי למכלול האינטרסים הציבוריים הכרוכים בסוגיה ואין עילה להתערבות בהחלטה זו.

11. בתגובתם להודעה מעדכנת זו, כפרו העותרים בממצאי חוות הדעת. כך, הצביעו העותרים על פגמים שנפלו לשיטתם בחוות הדעת ההנדסית הראשונה. בכלל זאת, ציינו כי על אף האמור בחוות הדעת, קיימים כלים "קלים" שלא מחייבים פריצת דרכים ויוכלו לשמש להריסת הבינוי במתחם. אשר לחוות הדעת הארכיאולוגית, מציינים העותרים כי מרבית הטענות בדבר רגישות ארכיאולוגית בפינוי המתחם לא מופיעות בחוות הדעת, אלא בהודעת העדכון של המדינה, ללא עיגון ראייתי בסיסי ומבלי שנתמכו בתצהיר מתאים. אשר לחוות הדעת ההידרו-גיאולוגית, טוענים העותרים כי היא מחזקת את עמדתם בדבר צורך בפינוי הבינוי, וזאת מאחר שלצד פגיעה בקניינם, חוות הדעת מלמדת כי הבינוי בשטח יצר פגיעה בסביבה.

12. לקראת דיון המשך שנקבע בעתירה, הגישה המדינה הודעת עדכון נוספת. במסגרת ההודעה עדכנה המדינה כי נערכו סיורים נוספים במתחם על ידי המינהל האזורי ומהם עולה כי כל רכיבי הבינוי שהמועצה האזורית התחייבה לפנותם – פונו; וזאת למעט קונסטרוקציית ברזל אחת שמקובעת לקרקע ושלט אחד של המועצה האזורית. אשר לאנדרטה, עדכנה המדינה כי היא הועתקה למקום אחר, מחוץ לאדמות מדינה מוכרזות. צוין כי שאלת משמעות הצבת האנדרטה במיקומה החדש תיבחן על ידי רשויות האזור בהקדם, בנפרד מהעתירה הנוכחית. ביום 21.7.2021 התקיים דיון המשך בעתירה ולאחריו ביקשנו שיוגשו שתי הודעות משלימות: ראשונה, מטעם המדינה שבה תוכל להתייחס לטעמים נוספים שעומדים בבסיס החלטתה וכן להגיש עזר לתמיכה בטענתה כי לא נפגעה אפשרות העותרים לעשות שימוש חקלאי בשטח; ושנייה, מטעם המועצה האזורית, שתודיע אם הוסר פרסום המתחם מאתר האינטרנט שלה.

13. בהודעת העדכון מטעם המדינה, ציינה כי נערך סיור נוסף במקום מטעם ד"ר שטיינברג והוגשה מטעמו חוות דעת משלימה (להלן: חוות הדעת ההנדסית המשלימה). בחוות הדעת ההנדסית המשלימה צוין כי מרבית השבילים נחצבו בחומר טבעי בהר, כך שלא ניתן להסירם או להרוס אותם בדרך הנדסית; כי פינוי אבני המדרך עשוי להפוך למפגע מסוכן ועלול לפגוע במעבר המים הטבעי בין הבריכות; וכי לא ניתן להשיב את המצב לקדמותו ביחס לבריכות מבלי לגרום נזק לסביבה. עוד צוין כי אף בהתעלם מסוגיות בטיחות מדובר בפינוי מורכב מבחינה הנדסית, שיש לבצעו בכלים מכניים קלים ושיחייב מאות ימי עבודה. המדינה הוסיפה ביחס לשימוש החקלאי במתחם כי מהשוואת צילומי אוויר נראה שלא ניתן להצביע על נזק או הגבלה שנגרמו בשל העבודות במתחם וכי ניתן להמשיך שימוש חקלאי במקום. משכך, חזרה המדינה על עמדתה שלפיה אין מקום לחייבה להרוס את הבינוי שנותר במתחם. המשיבה 5 מצדה עדכנה על הסרת הפרסום על המתחם מאתר האינטרנט שלה.

14. העותרים הגישו התייחסות לחוות הדעת ההנדסית המשלימה. לדבריהם, חוות הדעת לא כוללת הסבר כיצד הגיע המומחה למסקנותיו; תיאור של רוחב השבילים הקיימים באתר או הסבר מדוע לשיטת המומחה כלים שאינם קלים לא יכולים לעבור שם; או הבהרה מדוע אין אפשרות להשיב את המצב לקדמותו באמצעות מילוי האזורים המרוקנים באדמות חקלאיות. לדברי העותרים, על הקשיים בקבלת חוות הדעת ההנדסית המשלימה ניתן ללמוד גם מכך שבחוות הדעת ההנדסית הראשונה ציין ד"ר שטיינברג כי הריסת הספסלים והסככות תגרום לנזק עצום בסביבה הטבעית אך בחוות הדעת ההנדסית המשלימה אין התייחסות לטענה זו (על אף שהבינוי האמור הוסר). אשר לאמור בחוות הדעת ביחס לבריכות, מציניים העותרים כי מדובר בחוות דעת מאת מהנדס, ולא מאת מומחה בהנדסת מים או אדריכלות סביבה. אשר לעזר צילומי האוויר, טוענים העותרים כי לא צורפה לו חוות דעת כלשהי, ולמעשה חוות דעת מטעם העותרים מלמדת על המסקנה ההפוכה. חוות דעת זו נערכה על ידי אדריכל אלון כהן ומצביעה, בין היתר, על פעילות "מאסיבית" של חשיפת קרקע שהיו בה שטחים טבעיים וחקלאיים; ועל פעילות אנושית אינטנסיבית שהשפיעה גם על פני השטח.

לאחר דיון שקיימנו ביום 3.8.2022, ולאחר ששמענו את טיעוני הצדדים, ביקשה המדינה להגיש חוות דעת מקצועית משלימה בנושא הבריכות. בהחלטתנו מאותו יום קיבלנו את הבקשה, תוך שצינו כי "לבקשתה, תוכל המדינה להגיש חוות דעת מקצועית משלימה בנושא הבריכות עליו עמדה בטיעונה עד ליום 21.8.2022".

15. לאחר מספר בקשות ארכה, הוגשה ביום 22.2.2023 ההודעה המשלימה. במסגרת ההודעה המשלימה דיווחו משיבי המדינה כי נערך סיור במקום והוכנה חוות דעת אקולוגית הידרו-גאולוגית משלימה (להלן: חוות הדעת האקולוגית המשלימה). במסגרת חוות הדעת הוצעו שלוש חלופות לשיקום האתר:

א. חלופה ראשונה – "לא לבצע כלום ולתת לשטח להשתקם מעצמו". להבנת עורכי חוות הדעת זו החלופה הטובה ביותר שלא תגרום לפגיעה אקולוגית נוספת למערכת האקולוגית הקיימת.

ב. חלופה שנייה – מילוי הבריכות וביטול צינורות ההזנה מהמעייין אל הבריכות – מחירה של חלופה זו, לשיטת עורכי חוות הדעת, היא בפגיעה זמנית בלבד בבית הגידול בעת ביצוע העבודות (כניסת כלים ורמיסת צמחייה) ועל כן חלופה זו מומלצת פחות מהחלופה הראשונה. עם זאת צוין כי לחלופה זו מספר יתרונות בולטים והם: זרימה טבעית של מי המעייין בשטח; הגדלת בית הגידול האקוטי; ומניעת כניסת אדם למים והפרת בית הגידול בהרחפת עפר.

ג. חלופה שלישית – שיקום מלא של השטח כולל הסרת מכלול הריצופים והשבילים – חלופה זו תהא מלווה בפגיעה משמעותית בשטח או בצמחייה ולכן חלופה זו אינה מומלצת.

משיבי המדינה ציינו כי נוכח האמור בחוות הדעת האקולוגית המשלימה, המתווה שכבר בוצע (היינו, הריסת רכיבי הבינוי המחבורים) נותן מענה ראוי למכלול השיקולים והאינטרסים הציבוריים. המדינה ציינה כי האיזון נעשה בין שיקולי שלטון החוק והחובה לנקוט בפעולות נגד בנייה בלתי חוקית לצד שקילת שיקולי נזק-תועלת ביחס לכל אחת מדרכי הפעולה. זאת, בפרט בשים לב שאף אחת מן החלופות אין בה כדי להשיב את המצב לקדמותו. עוד צוין כי הוצב במתחם שלט לזכרו של הלל דחבש ז"ל, וכי עוזר שר הביטחון יבוא בדברים עם המשפחה לצורך הסרת השלט.

לצד חוות הדעת האקולוגית המשלימה, ומבלי שהוגשה בקשה מתאימה, צירפה המדינה במסגרת ההודעה המשלימה חוות דעת נוספת (להלן: חוות הדעת הנוספת) – שבמסגרתה הובאו נתונים חדשים ושונים מאלה שהוצגו בעבר על ידי המדינה, אשר לשיטתה "יש בהם כדי להשליך, בין היתר, על סדרי העדיפויות לאכיפה" (סעיף 24 להודעה). מבלי להרחיב בעניין זה שלא לצורך (מאחר שכפי שיתואר להלן, חוות הדעת הנוספת הוצאה מתיק בית המשפט), במסגרת חוות הדעת ביקשה המדינה לשנות חזית ולטעון, בין היתר, טענות חדשות ביחס למיקום הבינוי.

16. בתגובת העותרים להודעה המשלימה ביקשו כי יוצא צו מוחלט בעתירה. העותרים ציינו כי האתר משמש כאתר תיירות שוקק; כי הוקמו בו ספסלי אבן (בניגוד לטענת המשיבים שכל הספסלים הוסרו); וכי הנוכחות הישראלית במקום מאובטחת על ידי חיילי צה"ל. העותרים טענו כי החלופה הראשונה שבה תומכת המדינה אינה רלוונטית; וכי ההבדל בין החלופה השנייה לבין השלישית נעוץ בהסרת הריצופים ומשטחי האבן. לשיטת העותרים, לא ניתן לאפשר שיקום מלא למתחם ללא הסרת ריצופים אלה. לטענת העותרים, ניתן לבצע זאת גם מבלי להכניס כלים כבדים, וזאת בהתאם לאמור בחוות הדעת ההנדסית המשלימה (במחיר של מאות ימי עבודה). אשר לחוות הדעת הנוספת, ביקשו העותרים כי נורה על מחיקתה מהתיק, בטענה שהיא מהווה שינוי והרחבת חזית אסורים.

17. ביום 13.9.2023 התקיים דיון חמישי במספר בעתירה. בתחילת הדיון הורינו על הוצאת חוות הדעת הנוספת מהתיק; זאת, בשם לב לנימוקי העותרים בהקשר זה, ומשחוות הדעת צורפה להודעה המשלימה מבלי שהוגשה בקשה מתאימה. במסגרת הדיון העלינו בפני הצדדים הצעה לסיים את המחלוקת נושא העתירה על בסיס החלופה השנייה שהוצעה בחוות הדעת האקולוגית המשלימה. בא כוח העותרים הביע נכונות עקרונית לפעול בהתאם למתווה זה, ובלבד שיחול על כלל הבריכות שאליהן התייחסה העתירה. באת כוח המדינה ציינה כי המדינה נכונה לפעול בדרך זו ביחס לשלוש בריכות בלבד המוגדרות על ידה כ"חדשות" להבדיל מבריכות אחרות (ואף לא ביחס לשלוש בריכות נוספות שהוצאו ביחס אליהן צווי הפסקת עבודה אך מוגדרות על ידי המשיבים כ"ישנות"). ב"כ המשיבים 4-5 הצטרף לעמדת המדינה שלפיה אין מקום למילוי הבריכות הישנות.

על מנת לאפשר הכרעה בסוגיה, ביקשנו מבא כוח העותרים להגיש הודעה משלימה בנושא זה ולאחריה לאפשר למשיבים להגיש הודעה מטעמם. הבהרנו כי ההודעות יתבססו על החומרים הקיימים בתיק בלבד, ויתייחסו לפרטים של הבריכות שנזכרו בהם.

18. הצדדים הגישו בקשות ארכה מרובות, בין היתר נוכח השלכות מלחמת "חרבות ברזל", ובסופו של יום הוגשו עמדותיהם. העותרים ציינו כי הגם שהפשרה כואבת עבורם, במכלול הנסיבות שפורטו לעיל ובשים לב לחוות הדעת שהוגשו, הם מקבלים את החלופה השנייה שהוצעה בחוות הדעת האקולוגית המשלימה, ובלבד שתמומש ביחס

לכל הבריכות שלגביהן הוצאו הצווים המקוריים (ושלגביהן הוגשה העתירה). המדינה מצדה ציינה כי היא נכונה "לפעול למילוי הבריכות החדשות אשר ביחס אליהן ניתנו צווי הריסה (לרבות הבינוי שזוהה בסיור ב-25.2.2024), בהתאם לחלופה השנייה" (סעיף 18 להודעת המדינה מיום 19.4.2024; ההדגשה הוספה – ע' פ'). לשיטת המדינה, אף בלא להתייחס לחוות הדעת הנוספת שהוצאה מתיק בית המשפט, הרי שעצם קיומה של הבחנה בין בריכות חדשות לישנות עלה כבר בחוות הדעת ההידרו-גאולוגית שהוגשה בשנת 2021. הבחנה זו משליכה, לשיטת המדינה, על סדרי העדיפויות לאכיפה משום שביחס לבריכות הישנות "הבינוי הקיים בהן הוא לכל היותר דיפון בלבד, ועל כן בריכות אלו אינן מצויות גבוה בסדרי העדיפויות לאכיפה" (סעיף 9 להודעה).

כמו כן, ציינה המדינה כי בסיור שהתקיים במתחם בחודש פברואר 2024 נמצא

כי:

"הוחזרו למקום ספסלי עץ, ספסלי אבן והשלט לזכרו של הלל דחבש ז"ל שהוזכר בהודעות קודמות. כמו כן נמצא כי נחפרה בריכה חדשה נוספת במקום. בסמוך לבריכה החדשה הוצב שלט המציג את שמותיהם ותמונותיהם של שני חללי צה"ל שנפלו במלחמת 'חרבות ברזל' – נריה נגארי ז"ל ובוועז יוגב ז"ל, הונחו ספסלי אבן וצינורות הזנה שלא חוברו לקרקע.

נוסף על כך, נצפתה במקום הכנה להכשרת שטח נוסף, ובכניסה למתחם 'עיינות ענר' נמצאו למעלה מ-30 מרצפות אבן מונחות במקום" (סעיף 16 להודעה; ההדגשה במקור – ע' פ').

המדינה הוסיפה ועדכנה כי חלק מהבינוי הבלתי חוקי הוסר, וכן עדכנה על הוצאת צווי הפסקת עבודה ביחס לבריכות "חדשות" נוספות.

דיון והכרעה

19. העתירה שלפנינו כוונה, מלכתחילה, להפיכתה של קרקע פלסטינית פרטית למתחם בילוי, תוך ביצוע פעולות שונות בקרקע, ובהן סלילת שבילים; חפירת וביטון בריכות; הוספת צינורות הזנה לבריכות; והצבת ספסלי עץ וספסלי אבן. חלק מן הפעולות במתחם בוצעו באופן שמקשה, עד מאוד, על השבת המצב לקדמותו – בעיקר חציבתם באבן של שבילים והנחת אבני מדרך. הסכמת העותרים, כפי שתוארה לעיל, מיקדה למעשה את הצורך בהכרעה באשר לאופן הטיפול בבריכות שלגביהן הוצאו הצווים

המקוריים. כאמור, העותרים הסכימו לחלופה השנייה בחוות הדעת האקולוגית המשלימה, שקובעת בעיקרה שהבריכות – 6 הבריכות שבגינן הוצאו הצווים המקוריים – ימולאו ויבוטלו צינורות ההזנה מהמעין אליהן. בעת הזו, עמדת המשיבים היא כי ניתן לפעול בהתאם לחלופה זו רק ביחס לחלק מהבריכות – אלו ה"חדשות".

20. נקודת המוצא היא כי על המדינה מוטלת החובה לאכוף את דיני התכנון והבנייה, וזאת, בין היתר, נוכח החשיבות הרבה בהגנה על שלטון החוק. ואולם, בהינתן שהמשאבים שנתונים לרשויות האכיפה מוגבלים, הוכר הצורך בקביעת סדרי עדיפויות לאכיפת דיני התכנון והבנייה. בראש סדר העדיפויות ניצבת בניה בלתי חוקית על קרקע בבעלות פלסטינית פרטית (בג"ץ 5480/15 מוסא נ' שר הביטחון, פסקה 6 (2.5.2022); בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון, פסקאות 23-24 (1.9.2016) (להלן: בג"ץ 7292/14); בג"ץ 5665/11 כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון, פסקאות 13-14 (10.10.2012) (להלן: עניין כפר אדומים)). מיקומה של בנייה מסוג זה בראש סדר העדיפויות לאכיפת החוק באזור, נובע מחובתו של המפקד הצבאי להגן על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים (בג"ץ 7292/14, פסקה 24; עניין כפר אדומים, פסקה 14). בפסיקה הובהר כי בנוסף לשיקול זה, במסגרת הביקורת השיפוטית על אכיפת דיני התכנון והבנייה באזור, יש ליתן משקל גם לשיקולים נוספים, ובכלל זאת להתנהלות הדיונית של המדינה ולמשך הזמן שבו מתקיימת אי החוקיות (בג"ץ 7292/14, פסקה 24 וההפניות שם).

21. עמידה על מצב הדברים במתחם, לאורך שנות ניהול התיק, מלמדת על קושי ממשי בהתנהלות המדינה. כך, והגם שהמדינה סברה מלכתחילה שמדובר בבניה שנעשית שלא כדין בקרקע בבעלות פלסטינית פרטית, ממועד הגשת העתירה הגישה המדינה הודעות עדכון שבהן פירטה על בנייה חדשה – חוזרת ונשנית – שנעשית במתחם. בכל הנוגע לבנייה זו, פעלה המדינה במסגרת ההליך בדרכים שונות: לעתים הבניה הוסרה; לעתים הוציאה המדינה צווי הריסה חדשים; ולעתים הגיעה להסכמות עם המועצה האזורית שתסיר את הבינוי. ואולם, אין חולק כי גם לאחר שננקטו פעולות כאמור, לאורך כל השנים שבהם ההליך תלוי ועומד לפנינו, בנייה בלתי חוקית במתחם נמשכת. לעובדה זו יש משקל גם בבחינת עמדת המדינה העדכנית בכל הנוגע למימוש הצווים המקוריים.

22. עמדת המדינה הנוכחית – ששונה במידת מה מעמדתה לאורך שנות ניהול ההליך – היא כי יש לערוך הבחנה (שלא הועלתה בעבר) ביחס ל-6 הבריכות שבגינן הוצאו צווי ההריסה: בין בריכות "חדשות" לבין בריכות "ישנות". ביחס לבריכות החדשות, סבורה

המדינה כי ניתן לפעול בהתאם לחלופה ב' בחוות הדעת; ואילו לשיטתה, ביחס לבריכות הישנות, אין הכרח לפעול בעת הזו, בשים לב לסדרי העדיפויות לאכיפה. לטענת המדינה, עדות להבחנה בין סוגי הבריכות קיימת בחוות הדעת ההידרו-גאולוגית שהגישה המדינה בשנת 2021. שבתי ועיינתי בחוות הדעת האמורה, אך לא מצאתי את ההבחנה שאותה מבקשת לקרוא המדינה ביחס ל-6 הבריכות שבצווים המקוריים. דומה אפוא שההבחנה המוצעת נשענת על חוות דעת שהוצאה מתיק בית המשפט. בנסיבות אלו, איני סבור שיש מקום לקבל את ההבחנה שמבקשת המדינה לעשות בין הבריכות.

23. זאת ועוד, יש לתת את הדעת לכך שמשך שנים טענה המדינה כי יש לפעול למימוש הצווים המקוריים – אך כי יש לקבל חוות דעת לעניין אופן מימוש ההריסה בשש הבריכות. כך, בשנת 2021, בהודעה שבמסגרתה הוגשה חוות הדעת ההידרו-גאולוגית, הבהירה המדינה ברחל בתך הקטנה כי "התקיימו בשטח מספר סיורים לצורך בחינת אופן מימוש צווי ההריסה מושא העתירה, ונערכו חוות דעת מקצועיות בנושא, וזאת כאמור בשל מורכבויות הנדסיות וסביבתיות שונות במקום" (סעיף 10 להודעה מעדכנת מטעם המדינה מיום 8.3.2021). כלומר, חוות הדעת נערכו על מנת לבחון כיצד ניתן לבצע את ההריסה בשים לב למורכבות הסביבתית – וזאת בשונה מהעמדה האחרונה שהציגה המדינה, שלפיה ביחס לחלק מהבריכות אין "הכרח" לפעול בעת הזו.

24. נתון נוסף שיש ליתן לו משקל בבחינת עמדת המדינה הוא מעורבותה האקטיבית של המועצה האזורית בבינוי הבלתי חוקי במתחם. כאמור לעיל, בשנת 2020 ציינה המועצה האזורית כי הוועד המקומי נריה, שפועל "כזרוע של המועצה האזורית מטה בנימין אכן השקיע סך של כ-60,000 ש"ח בתמיכה בפעולות נוער היישוב במתחם המעיין, ובכלל זה בריצוף, בבניית הפרגולות, באיטום הבריכות ועוד" (מ/ש 3 להודעת העדכון מטעם המדינה מיום 4.6.2020, סעיף 2). דהיינו, חלק מפעולות הבינוי במתחם – שאין חולק שנעשו שלא כדין ושלא לפי דיני התכנון והבנייה – נעשו במימון של רשות מקומית ישראלית.

25. בעיני, בשים לב – בין היתר – להתנהלות המדינה לאורך שנות ניהול ההליך; להתנהלות המועצה האזורית; לכך שמדובר בבינוי בלתי חוקי על קרקע פלסטינית פרטית; ולכך שלאורך השנים הבינוי במתחם נעשה באופן חוזר ונשנה – עמדת המדינה שלפיה אין בכוונתה לממש את צווי ההריסה ביחס לכל שש הבריכות אינה עולה בקנה אחד עם חובתה לאכוף את החוק (בג"ץ 7292/14, פסקה 24; בג"ץ 9051/05 תנועת 'שלום עכשיו' – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פסקה 10 (20.8.2014); בג"ץ

7891/07 תנועת 'שלום עכשיו' – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פסקה 13 (18.11.2013)). לא ניתן אפוא להלום עמדה זו, ולכן יש להורות למדינה לפעול לממש את הצווים המקוריים. בנסיבות העניין, סבורני כי יש להורות למדינה על מימוש החלופה השנייה שהוצגה בחוות הדעת האקולוגית; זאת בשים לב, בין היתר, לכך שהחלופה הראשונה אינה נותנת מענה להפרת הדין; להסכמת העותרים לחלופה השנייה; להסכמת העקרונית של המדינה לממשה (אף אם הסכמה זו ניתנה ביחס לחלק מהבריות בלבד); וכן ליתרונותיה של החלופה השנייה כפי שפורטו בחוות הדעת המשלימה.

אחר הדברים האלה

26. לאחר כתיבת הדברים הגיעה אליי חוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר, ומצאתי להתייחס לדבריה בתמצית.

27. חברתי מתבססת בחוות דעתה על הבחנה בין בריכות חדשות לבין בריכות ישנות, הבחנה שמקורה, לשיטת חברתי, בהודעת העדכון מטעם המדינה מיום 7.12.2020. בשל האמור בהודעת העדכון סבורה חברתי כי עמדת המשיבים לאורך ההליך הבחינה – באופן עקבי – בין בריכות שנחפרו ובין בריכות שדופנו (פסקה 5 לחוות דעתה). כפי שציינתי בחוות דעתי (ראו פסקאות 22-23), איני סבור כי אלה הם פני הדברים.

ראשית, לשיטתי, בחינת עמדתה של המדינה שקדמה להודעת העדכון מיום 7.12.2020, מגלה כי לא הייתה הבחנה כאמור. כך, בתגובה המקדמית מטעם המדינה צוין כי "נפתחו תיקי בנייה בלתי חוקית נגד שלושה מתחמים בתחומי האתר, הכוללים בריכות, דרכי גישה ומתקנים נוספים, כדלקמן: (א) בריכת אבן בגודל של כ-100 מ"ר המשמשת לשחייה, וכן שביל גישה המוביל אליה. [...] (ב) בריכת אבן בגודל של כ-100 מ"ר המשמשת לשחייה, הכוללת שביל גישה, וכן סככת עץ ופינת ישיבה. [...] (ג) בריכת אבן בגודל של כ-200 מ"ר המשמשת לשחייה, הכוללת שביל גישה, וכן סככת ברזל" (שם, סעיף 6). אף עיון בצווים המקוריים ובתיקי הפיקוח מעלה כי אלה הוצאו ביחס לבינוי בלתי חוקי חדש שהוגדר בפשטות כ"בריכות"; וכי לא נזכרת בהם כל הבחנה בין בינוי בלתי חוקי בדמות חפירה של בריכות חדשות לבין בינוי בלתי חוקי בדמות דיפון של בריכות קיימות.

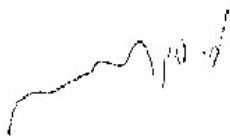
שנית, אף לאחר הודעת העדכון מיום 7.12.2020, המדינה נקטה בגישה עקבית של התייחסות אחידה לכלל הבריכות, ללא הבחנה בין בריכות "חדשות" לבין בריכות

"ישנות". זאת, הן במסגרת עמדת המדינה ביחס למימוש צווי ההריסה, והן במסגרת חוות הדעת השונות שהגישה המדינה. כך למשל, בהודעת העדכון מיום 8.3.2021 נכתב כי נציגי קמ"ט ארכאולוגיה סברו כי "[...] ככל שתבוצע פעילות אכיפה נגד הבריקות עצמן, הרי שמבחינה ארכאולוגית יש להעדיף את איטום הבריקות ומילויין על פני הריסה של קירותיהן" (שם, סעיף 12; וראו גם שם, סעיף 15; סעיף 3 להודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 19.7.2021; וסעיפים 3 ו-7 להודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 14.11.2021). בהקשר זה אדגיש כי חוות הדעת האמורות נערכו לבקשת המדינה וביוזמתה, ובגדרן התבקשו מומחים שונים לחוות דעתם על אופן מימוש הצווים. מימושם – ללא הבחנה בין צווים שהנדרש בגדרם הוא הריסת דיפון לבין צווים שהנדרש בגדרם הוא הריסת הבריקות. למעשה, בתקופה זו עמדת המדינה ביחס למימוש הצווים התמקדה בהבחנה אחרת – בין הבינוי הניתן להסרה לבין בריכות המים ושבילי האבן – אך לא בהבחנה בין בריכות שונות (ראו פסקה 10 לעיל). מכאן עולה כי הגם שהמדינה לא התייחסה לכלל רכיבי הבינוי במתחם כמקשה אחת, בין הבריקות לא נזכרה התייחסות כאמור.

28. עוד יש להוסיף כי אין בחומרים שלפנינו כל תשתית עובדתית ביחס למספרן של הבריקות שנטען כי הן ישנות וביחס לזיהוין של בריכות אלו עם הבריקות שלגביהן הוצאו צווי ההריסה. כפי שציננה חברתי, "אין בחומר שלפנינו כדי לקשור במדויק בין אחת או יותר מן הבריקות שבמתחם, לבין הבריקות העתיקות הנזכרות" (פסקה 4 לחות דעתה).

29. סוף דבר: אציע לחברותיי שנקבל את העתירה ונורה למשיבים לאכוף את דיני התכנון והבנייה במתחם ולממש את הצווים המקוריים לפי החלופה השנייה ביחס לכל הבריקות בצווים המקוריים. מימוש הצווים יעשה בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק הדין.

המשיבים 1-3 יישאו בהוצאות העותרים בסך 20,000 ש"ח.



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')

1. אני מצטרפת באופן חלקי לחוות דעתו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), ע' פוגלמן. לו תישמע דעתי, נקבל את העתירה במובן זה שנורה למשיבים ליישם את החלופה השנייה הנזכרת בחוות הדעת של חברי בנוגע לשלוש הברירות החדשות בלבד, מבין שש הברירות הכלולות בצווי ההריסה שהוציאו המשיבים 1-3 (להלן: המשיבים).

כפי שאפרט להלן, עמדתי זו נגזרת בעיקרה ממסקנתי, השונה מזו של חברי, באשר לקיומה של הבחנה בין 'ברירות חדשות' ל'ברירות ישנות' בחומר שהניחו המשיבים לפנינו (פס' 22 לחוות דעתו).

2. כאמור בחוות דעתו של חברי, להודעה המשלימה מטעם המשיבים מיום 22.2.2023 צורפה חוות דעת מומחה שהוצאה על ידינו מתיק בית המשפט מהטעמים המפורטים בחוות דעתו של חברי. ממילא, לא ניתן להתייחס לתוכנה, לרבות להבחנה שנעשתה בה בין בריכות חדשות לברירות ישנות המצויות במתחם לגביו הוצאו צווי ההריסה מושא העתירה (להלן: המתחם). אולם, הבחנה זו בין בריכות חדשות לישנות, לא נזכרה לראשונה בחוות הדעת הנזכרת – שכאמור אינה חלק מהתשתית העובדתית שלפנינו – אלא הועלתה שנים קודם לכן, כבר בהודעת העדכון מטעם המשיבים מיום 7.12.2020 (להלן: הודעת העדכון). הודעה זו הוגשה במסגרת היערכות המשיבים למימוש צווי ההריסה לאחר ביטולו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. בהודעה ביקשו המשיבים לדחות את הדיון שהיה קבוע אותה שעה על מנת לאפשר להם לקיים בחינה של אופן מימוש צווי ההריסה. בין היתר, ציינו המשיבים במסגרת הודעת העדכון, כי בכוונתם לבחון היבטים שונים הנוגעים לשאיפה למנוע גרימת נזק לסביבה הטבעית במתחם. בתוך כך, הזכירו המשיבים את קיומם של שני סוגי בריכות במקום, ובהתאם לכך, סוגים שונים של 'בינוי' שבוצע בברירות אלו – אשר משליכים על אופן ביצוע ההריסה. בהתאם לכך, טענו המשיבים כי "במסגרת היערכות למימוש צווי ההריסה, עלו שאלות לגבי אופן מימושם, שכן נוסף על מרכיבי הבינוי הניתנים להסרה (כגון פרגולות וספסלים), ישנם אלמנטים שמעוררים שאלות שמא ייגרם נזק לקרקע, לברירות שהיו במקום או בסביבתן. כך למשל, מילוי הברירות שנחפרו במקום בחומר מילוי עשוי לפגוע בשלמות הקרקע, 'גירוד' הדיפון בברירות המים ששופצו עשוי לפגוע בהן [...]" (פס' 7 להודעת העדכון; ההדגשות הוספו). יש לציין כי הודעת העדכון לוותה בתצהיר של ראש מדור אכיפה במינהל האזרחי, והיא אף שבה ונזכרה גם בהודעת המשיבים מיום 7.3.2021.

3. הנה כי כן, דבר קיומן של בריכות ישנות במתחם, שעברו 'שיפוץ' בלבד בדרך של דיפון, בנוסף לבריכות חדשות שנחפרו יש מאין בשנים האחרונות – צוינה על ידי המשיבים בנקודת זמן מוקדמת של ההליך, שלא במסגרת חוות הדעת שהוצאה מתיק בית המשפט. הבחנה זו בין בריכות ישנות לחדשות נעשתה על ידי המשיבים תוך התייחסות לאופן השונה שבו יש להשיב את המצב לקדמותו בכל אחד מהמקרים: 'מילוי' הבריכות החדשות שנחפרו, לעומת 'גירוד' הבריכות הישנות שאך דופנו לאחרונה. הבחנה זו לא כללה אמנם זיהוי מדויק של הבריכות הישנות והחדשות במתחם, ככל הנראה, משום שהודעת העדכון הוגשה עוד בטרם ערכו המשיבים בחינה מלאה של אופן מימוש צווי ההריסה, וטרם גיבשו עמדתם בנדון. כמו כן, ניתן להניח שהמשיבים גם לא ראו צורך להידרש לזיהוין המדויק של הבריכות הישנות בהודעות העדכון מטעמים מהימים 7.3.2021 ו-14.11.2021, וזאת בשים לב לעמדתם הגורפת באותה העת, שלפיה אין לפעול כלל להריסת בריכות המים, וכי יש להסתפק רק בסילוק המחוברים הנכללים בצווי ההריסה.

4. למעשה, דומה כי אין מחלוקת שבאתר שמכונה "עיינות ענר" או "נבי ענר", מצויות גם בריכות ישנות, שלא נחפרו בעת האחרונה והן חלק מהפעילות החקלאית במקום מזה מאות שנים ואולי אף למעלה מכך. השימוש ההיסטורי בבריכות מים למטרות חקלאות באזור, מוזכר כבר בעתירה (פס' 19) ושב ונזכר בחוות הדעת ההידרו-גיאולוגית שהוגשה מטעם המשיבים ביום 7.3.2021 (להלן: חוות הדעת ההידרו-גיאולוגית). חוות דעת זו מצביעה על קיומן של בריכות ותעלות הזנה עתיקות באתר, שתועדו במסגרת סקר שביצעה רשות הטבע והגנים בשנות ה-80. אכן, אזכורים אלו מתייחסים לשטח נרחב שהמתחם הכלול בצווי ההריסה אינו אלא חלק קטן ממנו, ואין בחומר שלפנינו כדי לקשור במדויק בין אחת או יותר מן הבריכות שבמתחם, לבין הבריכות העתיקות הנזכרות. עם זאת, יש בנתונים אלו כדי ללמד שאפשרות קיומן של בריכות עתיקות במתחם – אכן נזכרה בכתובים שלפנינו, וכי טענת המשיבים בהקשר זה משתלבת עם הידוע לנו על האתר בכללותו כמפורט לעיל.

5. מהאמור עולה, אפוא, כי עובדת קיומן של בריכות ישנות במתחם, ועמדת המשיבים הנוגעת לאופן מימוש הצווים לגביהן (בדרך של גירוד בלבד) – לא נזכרו לראשונה רק בחוות הדעת המשלימה מיום 22.2.2023, שהוצאה כאמור מתיק בית המשפט. למעשה, עמדת המשיבים לאורך ההליך, שלוותה בתצהיר כאמור, כללה התייחסות עקבית – גם אם לא פרטנית – לעובדה שבמתחם ישנן בריכות ישנות ש'הבינוי'

שנעשה בהן כולל עבודת דיפון בלבד. נתון המשליך, כך נטען, על האופן שבו יש ליישם את צווי ההריסה לגביהן. על כן, בשונה מעמדתו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), פוגלמן – אני סבורה כי אין להתעלם מהבחנה זו בבואנו להכריע בעתירה שלפנינו. יתרה מכך, לדידי, לנתון זה ישנה השלכה ממשית על השאלה שבמחלוקת.

6. בנסיבות אלו, ונוכח המסד העובדתי האמור, אינני סבורה כי יש מקום להורות על מימוש החלופה השנייה ביחס לבריכות הישנות. ביצוע חלופה זו, הכרוך במילוי הבריכות בעפר ובביטול צינורות ההזנה אליהן, חורג מתכלית צווי ההריסה – שהיא להשיב את המצב לקדמותו, שכן בריכות אלו כאמור כבר היו חפורות במתחם בטרם נעשה הבינוי הבלתי-חוקי בהן (קרי, הדיפון). לא זו אף זו: מילוי הבריכות, למעשה, יוביל לשינוי מהותי של המצב שהיה קיים במתחם בטרם בוצע הבינוי הלא חוקי, ואף עלול להביא להריסתן של בריכות הקיימות באתר מימים-ימימה, ושמא אף מימי בית ראשון או שני (ראו: פרק 2 לחוות הדעת ההידרו-גיאולוגית).

7. אשר על כן, משנמצא כי הבינוי החדש בחלק מהברכות מתמצה בפעולות דיפון בלבד שאינן משנות את אופי הבינוי שהיה קיים ממילא במקום – מסקנתי היא כי ביחס לבריכות אלה (להבדיל מהבריכות החדשות), יש להותיר למשיבים ליישם את צווי ההריסה באופן המוצע על-ידם, באמצעות גירוד בלבד, ובהתאם לשיקול דעתם בקביעת סדרי עדיפויות באכיפה (ראו, מיני רבים: בג"ץ 8487/23 קרעאן נ' שר הביטחון, פס' 5 (8.4.2024); בג"ץ 72/09 רגבים נ' שר הביטחון, פס' 5 (13.11.2011)).

אני סבורה כי בהינתן פעולות האכיפה שכבר בוצעו במתחם ביחס למחוברים, ובשים לב למסקנתנו באשר ליישום החלופה השנייה ביחס לשלוש הבריכות החדשות, הרי שבכל הנוגע להסרת הדיפון שבוצע בבריכות הישנות – רשאים המשיבים לאזן בין שיקולים שונים הנוגעים הן לשיעור הנזק שנגרם עקב הפרת החוק, הן לרגישותו של האתר בו מצויה הבניה הנדונה, וזאת בהתאם לקביעת "סדרי עדיפויות של עיקר מול טפל, ושל חיוני ודחוף לעומת שולי בחשיבותו ובדחיפותו" (בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון, פס' 9 (14.10.2007); וראו גם: בג"ץ 6243/08 התנועה לשמירת אדמות הלאום נ' שר הבטחון, מר אהוד ברק, פס' 24 (2.12.2010)).

8. בשים לב לתוצאה אליה הגעתי, אציע לחברי להורות כי המשיבים 1-3 יישאו בהוצאות העותרים בסך של 10,000 ש"ח.



יעל וילנר
שופטת

השופטת דפנה ברק-ארז:

אני מסכימה עם חברי מ"מ הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן כי דין העתירה להתקבל במתווה המוסבר על-ידו, מכל טעמיו.

אני סבורה כי התנהלותם של המשיבים, כמתואר על-ידי חברי, מעוררת קושי – הן מבחינת הטיפול הנרפה באכיפת החוק ביחס לפלישה לקרקע פרטית והן מבחינת השינויים הרבים שחלו בעמדתם בנוגע לכך, מבלי שהוצג טעם מבורר המסביר זאת. ניתן לצפות כי הלקחים הנדרשים מכך יופקו, על מנת שמקרים דומים לא יישנו.

לא למותר לציין כי העתירה נסבה על פגיעה מתמשכת בזכויות קניין של תושבים מוגנים. הרגישות הכרוכה בכך שהפעולות הבלתי חוקיות היו שלובות בערכי זיכרון אינה יכולה, כשלעצמה, להצדיק את המעשים. עוד אוסיף כי מהתמונה שהצטיירה בפנינו עולה גם פגיעה בערכי טבע, בהיבטים מסוימים אף באופן בלתי הפיך. יש לזכור כי פיתוח בלתי מורשה, אף כאשר אינו כרוך בפגיעה בקניין פרטי, הוא לעולם בעייתי, גם אם באופן נקודתי נוצר הרושם שהוא עשוי להיטיב עם עוברי אורח ומבקרים. מכל מקום, לזו הדברים הוא שכיום, לאחר שחלפו יותר משבע שנים מאז הוגשה העתירה, הגיעה העת לתיקון.



דפנה ברק-ארז
שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן, כנגד דעתה החולקת של השופטת יעל וילנר ביחס למספר בריכות כמפורט בחוות דעתה.

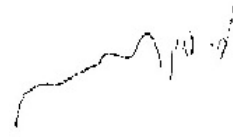
ניתן היום, ט"ו כסלו תשפ"ה (16 דצמבר 2024).



יעל וילנר
שופטת



דפנה ברק-ארז
שופטת



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')