

במקום - מתכננים למען
זכויות תכנון

רח' עזה 36, ירושלים 92382
טל: 02-5669655
פקס: 02-5660551



עדאלה - המרכז
המשפטי לזכויות
המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610
פקס: 04-9503140

8.3.2012

לכבוד
ועדת משנה לעררים
המועצה הארצית לתכנון ולבנייה
משרד הפנים
רח' קפלן 2
ירושלים
שלום רב,

הנדון: ערר לתכנית מתאר מס' 107/02/15 הכוללת תכנית שלב א' ברמה מפורטת

ישוב פרברי חירן

העוררים

1. הנא עטווה אבו אלקיעאן ת.ז. 066592502
2. סאמר עטווה אבו אלקיעאן ת.ז. 021905161
3. רואן עטווה אבו אלקיעאן ת.ז. 328222435
4. מראם עטווה אבו אלקיעאן ת.ז. 309985406
5. סאוסן עטווה אבו אלקיעאן ת.ז. 305409047
6. נילי עטווה אבו אלקיעאן ת.ז. 204418198
7. מייסר עבדאללה אבו אלקיעאן ת.ז. 030450340
8. עביר עבדמוגני אבו אלקיעאן ת.ז. 977296771
9. יאסמין מוחמד אבו אלקיעאן ת.ז. 300142031
10. רידה סלים אבו אלקיעאן ת.ז. 034964213
11. רוקייה מחמד אבו אלקיעאן ת.ז. 305428823
12. סחר חסין אבו אלקיעאן ת.ז. 039346838

13. אולפת חסין אבו אלקיעאן .ת.ז. 021522743
14. סוהא חסין אבו אלקיעאן .ת.ז. 300127503
15. עאישה אברהים אבו אלקיעאן .ת.ז. 959338997
16. אמינה אחמד אבו אלקיעאן .ת.ז. 029952447
17. חלימה חסן אבו אלקיעאן .ת.ז. 035100825
18. נעימה שחדה אבו אלקיעאן .ת.ז. 057557787
19. כאמלה מוסא אבו אלקיעאן .ת.ז. 054412580
20. רימאל סלים אבו אלקיעאן .ת.ז. 065902082
21. אמנה עלי אבו אלקיעאן .ת.ז. 035109420
22. פרגיה מוסא אבו אלקיעאן .ת.ז. 056870645
23. ופא עבד אלרחמאן אבו אלקיעאן .ת.ז. 021905682
24. מרים עודה אבו אלקיעאן .ת.ז. 17902552
25. עזיה מוחמד אבו אלקיעאן .ת.ז. 906446861
26. רבאב מתעב אבו אלקיעאן .ת.ז. 30152475
27. רודינה סלים אבו אלקיעאן .ת.ז. 305531972
28. עאגלה עיסא אבו אלקיעאן .ת.ז. 05763844
29. נור מוחמד אבו אלקיעאן .ת.ז. 20140134
30. נואל אבו אלקיעאן .ת.ז. 066122953
31. אמל אברהים אבו אלקיעאן .ת.ז. 300984796
32. ראיקה עיסא אבו אלקיעאן .ת.ז. 034027417
33. גיאהב חסן אבו אלקיעאן .ת.ז. 035100809
34. אחמד אבו אלקיעאן .ת.ז. 035131135
35. מסעד אבו אלקיעאן .ת.ז. 026422329
36. רפיק אבו אלקיעאן .ת.ז. 201401957
37. חוסין אבו אלקיעאן .ת.ז. 056870553
38. סלים אבו אלקיעאן .ת.ז. 05385148
39. עבד אל-רחמאן אבו אלקיעאן .ת.ז. 057633885
40. אוסאמה אבו אלקיעאן .ת.ז. 039227509

41. סמי אבו אלקיעאן .ת.ז. 036959153
42. עיסא אבו אלקיעאן .ת.ז. 203671763
43. נאג'ח אבו אלקיעאן .ת.ז. 24718645
44. עזאת אבו אלקיעאן .ת.ז. 026214692
45. ראאד אבו אלקיעאן .ת.ז. 033268871
46. נואל אבו אלקיעאן .ת.ז. 066122953
47. נור אלדין אבו אלקיעאן .ת.ז. 204513162
48. רמי אבו אלקיעאן .ת.ז. 060644150
49. ראתב אבו אלקיעאן .ת.ז. 300146065
50. נאהד גואעין .ת.ז. 031380017
51. מוסא קואעין .ת.ז. 035100734
52. ראגיי אבו אלקיעאן .ת.ז. 200247849
53. הישאם אבו אלקיעאן .ת.ז. 301182853
54. עיסא אבו אלקיעאן .ת.ז. 305527053
55. גיברין אבו אלקיעאן .ת.ז. 201403425
56. וליד אבו אלקיעאן .ת.ז. 046220042
57. עטוה אבו אלקיעאן .ת.ז. 53779823
58. הינו אבו אלקיעאן .ת.ז. 203279633
59. אמיר אבו אלקיעאן .ת.ז. 200294916
60. קאסם אבו אלקיעאן .ת.ז. 039182597
61. ראסן אבו אלקיעאן .ת.ז. 042837021
62. נידאל אבו אלקיעאן .ת.ז. 040133274
63. תיסיר אבו אלקיעאן .ת.ז. 032970584
64. גאסר אבו אלקיעאן .ת.ז. 029953494
65. עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון

נימוקי הערר

מבוא

1. תכנית מתאר מס' 107/02/15 הכוללת תכנית שלב א' ברמה מפורטת ישוב פרברי חירן (להלן: התכנית" או "תכנית המתאר") והחלטת ועדת המשנה להתנגדויות שליד הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז דרום, מבקשות להקים ישוב חדש באזור יער יתיר. לשם קיום יעדיה, מבקשת התוכנית להרוס את בתיהם של תושבי מתחם אום אלחיראן, שבכפר עתיר/אום אלחיראן, אשר ממוקמים במרביתם על קרקע שמיועדת למגורים, וכל זאת על מנת ליישב במקומם אוכלוסייה יהודית.
2. התכנית פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות של העוררים לכבוד, לקניין ולשוויון, איננה לתכלית ראויה והיא בלתי מידתית. עורכי התכנית ומוסדות התכנון לא בדקו חלופות שאינן פוגעות בזכויות יסוד של תושבי אום אלחיראן. הכרה באום אלחיראן ומתן מענה תכנוני להסדרת מעמדו, יכולים למנוע פגיעה בזכויות יסוד של תושביו כפי שיפורט להלן. על כן ראוי היה אם הועדה המחוזית היתה שוקלת אפשרות זו ומורה על אי יעוד בתי העוררים להריסה אלא שילובם בתכנון המוצע.

העוררים

3. העוררים 1 עד 64 הנם בני שבט אבו אלקיעאן תושבי מתחם אום אלחיראן בכפר הבלתי מוכר אום אלחיראן/עתיר. העוררים רואים בכפרם את ביתם היחיד, והם רוצים להמשיך ולקיים יחד חיי קהילה בכפרם, ולהתגורר תחת קורת גג בטוחה ולקבל שירותים מוניציפליים נאותים.
4. עוררת מס' 65, עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון, הנה עמותה אשר הוקמה בשנת 1999 על ידי מתכננים/ות ואדריכלים/ות, אשר שמו להם למטרה לחזק את הקשר בין זכויות אדם ומערכות התכנון במדינת ישראל. עמותת במקום פועלת עם ולטובת אוכלוסיות וקהילות הנתונות בעמדת נחיתות מקצועית, כלכלית או אזרחית. במהלך שנות פעילותה של העמותה, עמדה הקהילה הערבית-בדווית בנגב במרכז עשייתה במטרה לקדם את ההכרה התכנונית בכפרים הבלתי מוכרים, והתאמת התכנון המרחבי לצורכי הקהילה הערבית בדווית.

השתלשלות ההליכים

5. התוכנית הנדונה הופקדה בסוף שנת 2010 והעוררים הגישו כנגדה התנגדויות ביום 11.1.2011. בהתנגדויותיהם, טענו העוררים כי התוכנית הנדונה נוגדת את תמ"א 35, כי היא אינה נשענת על תשתית עובדתית ראויה, כי היא פוגעת בזכויותיהם החוקתיות לכבוד, לקניין ולשוויון וכי התוכנית הנדונה איננה לתכלית ראויה והיא בלתי מידתית. הכל כמפורט בנימוקי ההתנגדות אשר מהווים חלק בלתי נפרד מערר זה.

6. לאחר דיון בהתנגדויות, החליטה ועדת המשנה להתנגדויות שליד הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה- מחוז דרום, ביום 5.1.2012, לדחות את התנגדות העוררים ולאשר את התוכנית. בין הנימוקים להחלטה נטען, כי העוררים קבעו עובדות מוגמרות בשטח בשנים האחרונות וכי בעת הכנת התוכנית, לא היתה בשטח בניה בהיקף הקיים. יצויין כבר כאן, כי הנימוק הנ"ל של ועדת המשנה להתנגדויות איננו נסמך על כל תשתית עובדתית ומנוגד הוא למצב שהיה קיים בפועל בשטח בעת הכנת התוכנית וההחלטה בדבר הפקדתה. הנימוק הנ"ל אף מנוגד הוא לפסיקת בתי משפט השלום והמחוזי בבאר שבע, אשר קבעו כי העוררים אינם פולשים לקרקע וכי מגוריהם בה מזה עשרות שנים הנם לבקשת מדינת ישראל, הכל כפי שיפורט בהמשך.

== מצ"ב העתק ההתנגדות כנספח א'.

== מצ"ב העתק החלטת ועדת המשנה כנספח ב'.

7. הלכה למעשה, ועדת המשנה להתנגדויות הנ"ל נתנה הכשר לתוכנית מתאר אשר מבקשת להקים ישוב יהודי על חשבון פינוי אוכלוסייה ערבית בדווית. בכך חרגה ועדת המשנה מסמכויותיה וביקשה לנצל הליכי תכנון על מנת ליישם מדיניות של הפליה והפרדה במגורים אשר מנוגדת היא לעקרונות השיטה המשפטית, כפי שאלה עולים מפסיקה רבה של בית המשפט העליון בהקשרים דומים, כפי שיפורט בהמשך. החלטת ועדת המשנה אף נוגדת היא את עקרונות המשפט המינהלי המחייבים רשות מיהנלית, כולל ועדות התכנון, לפעול במסגרת סמכותם, בהגינות וביעילות תוך כדי קידום האינטרסים של כלל הציבור.

הכפר עתיר/אום אלחיראן – רקע היסטורי:

8. הכפר עתיר/אום אלחיראן (להלן: "הכפר") מונה כ- 1,000 תושבים, ממוקם באזור נחל יתיר מצפון- מזרח ליישוב חורה. הכפר מורכב משני מתחמים מרכזיים (אום אלחיראן ועתיר), כשבכל מתחם כמחצית מהתושבים. הבנייה בכפר הינה מבלוקים ואבן ואופי הבנייה תואם את אורח החיים הכפרי- מסורתי של בני שבט אבו אלקיעאן.

9. במקור ועד לשנת 1948 בני שבט אבו אלקיעאן התגוררו באזור ואדי זובאלה (כיום חלק מהאדמות החקלאיות של קיבוץ שובל). הם התגוררו שם למשך תקופה ארוכה, בנו שם את כפרם ועיבדו אדמות שבבעלותם לצורכי מחיה. בשנת 1948, התבקשו בני השבט על ידי הממונים בממשל הצבאי לעזוב את אדמותיהם ולעבור לאזור ח'רבת אלהווייל.

10. בשנת 1956, משביקשו בני השבט לחזור לאדמות אותן נהגו הם לעבד, אסר עליהם הצבא לעשות כן. הממשל הצבאי ביקש אז מבני שבט אבו אלקיעאן לעבור באופן סופי וקבוע למקרקעין עליהם נמצא הכפר כיום באזור יער יתיר. בתוך אותו אזור הותר לבני השבט לגור, לרעות ולעבד כ- 7,000 דונם אשר הוחכרו לשייח' השבט פרהוד אבו אלקיעאן.

11. עובדות אלה עולות גם ממסמך פנימי שהוגדר "סודי", מיום 28.8.1957, מטעם מר לובראני מלשכת ראש הממשלה ולשכת היועץ לענייני ערבים דאז. במסמך זה מפרט מר לובראני, בין היתר, כי בני שבט אלקואעין, "המונה כ-200 נפש, ישב אחר מלחמת השחרור על אדמה נטושה בסביבות בית קמה

– דביר – להב [...]". מר לובראני ממשיך ומאשר, כי "עקב לחץ אשר הופעל ע"י הממשל הצבאי [...] הסכימו כ- 2/3 מהם [...] להעתיק מקומות מגוריהם לסביבות עתיר, קבלו בחכירה קרקע מאדמות המדינה בהתאם לנוהל של משרד החקלאות, והינם מעבדים אותה". (ההדגשה אינה במקור)

12. למשך עשרות רבות של שנים, המדינה נמנעה מלערער על הימצאותם של תושבי הכפר במקרקעין. מאז מעברם לאזור יתיר בשנת 1956, נמצאים בני שבט אבו אלקיעאן באותו מקום, מתגוררים באותו כפר, שבו הם מעוניינים להמשיך להתגורר ולקיים אורח חיים מסורתי כפי שעשו משך עשרות שנים.

13. מסכת עובדתית זו הוכחה בפני בית משפט השלום בבאר שבע, במסגרת תביעות פינוי אשר הגישה המדינה כנגד תושבי הכפר. בחלק מהתביעות¹ ניתן פסק דין בבית משפט השלום בבאר שבע אשר קבע, כי הנתבעים (העוררים) הנם ברי רשות בקרקע, שכן העתקת מקום מגורי בני שבט אבו אלקיעאן למיקום הנוכחי לפני עשרות שנים נעשה ברשות ואף בדרישת הרשויות המוסמכות. יחד עם זאת קבע בית המשפט הנכבד כי עניין לנו בברי רשות ללא תמורה הדירה, ועל כן הורה על פינוי הנתבעים.

14. במסגרת ערעור על פסק הדין לבית משפט המחוזי בבאר שבע, חזר בית המשפט הנכבד על הקביעה כי מדובר בברי רשות ללא תמורה הדירה. יצויין, כי בית המשפט מתח ביקורת חריפה על אופן התנהלות המדינה והדרך בה נוסחו כתבי התביעה כנגד הנתבעים (תושבי הכפר) באומרו, כי:

"המערך העובדתי המצטייר הינו זה של העתקת מקום מושבם של המשפחות, לאתר הנדון, לפני עשרות שנים, ברשות, ואף בדרישת, הרשויות המוסמכות. לימים, ומשיקולים שונים, הוחלט לבטל את ההרשאה, ולהביא לפינוי השטח.

בהינתן עובדות אלה, שפסק הדין קמא מאזכר וקובע אותן כבלתי שנויות במחלוקת, יוצא, שמלכתחילה, כתב התביעה שהמשיבה הגישה המציג עילה של פלישה "סטנדרטית", ותפיסת חזקה ללא הרשאה כלשהי, לא תאם את מערך העובדות כהויתן, ולא שיקף את המציאות המורכבת ואת הנסיבות הלא שיגרתיות, שפסק הדין קמא קובע [...] על הצגת הדברים בצורה לא שלמה ומדוייקת בכתב התביעה, יש להצר."²

== מצ"ב העתק פסק הדין של בית משפט השלום כנספח ג'.

== מצ"ב העתק פסק הדין של בית משפט המחוזי כנספח ד'.

15. כיום תלויים ועומדים תיקים אלה בפני בית המשפט העליון במסגרת בקשות רשות ערעור³. התיקים קבועים לשמיעת טיעוני הצדדים ליום 13.7.2012. שאר תביעות הפינוי כנגד תושבי עתיר טרם נידונו בבתי המשפט והם קבועים לקדם משפט ראשון, בבית משפט השלום בבאר שבע, במרץ 2012. יצוין גם, כי כנגד מתחם אום אלחיראן תלויים ועומדים צווי הריסה לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה אשר בקשות לביטולם נדחו בדצמבר 2011 על ידי בית משפט השלום בקרית גת⁴. בעלי הבתים עומדים להגיש ערעור על ההחלטה הנ"ל לבית משפט המחוזי בבאר שבע, תוך התקופה הקבועה לכך בחוק.

¹ ת"א 3341/04 מדינת ישראל נ' עטווה עיסא אבו אלקיעאן ואח' ו- ת"א 3326/04 מדינת ישראל נ' אברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח'. שאר תביעות הפינוי טרם נידונו והן קבועות לדיון מקדמי במרץ 2012.

² דבריו של כב' השופט אריאל אגו בעמ' 7 לפסק הדין, נספח ב'.

³ רע"א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל

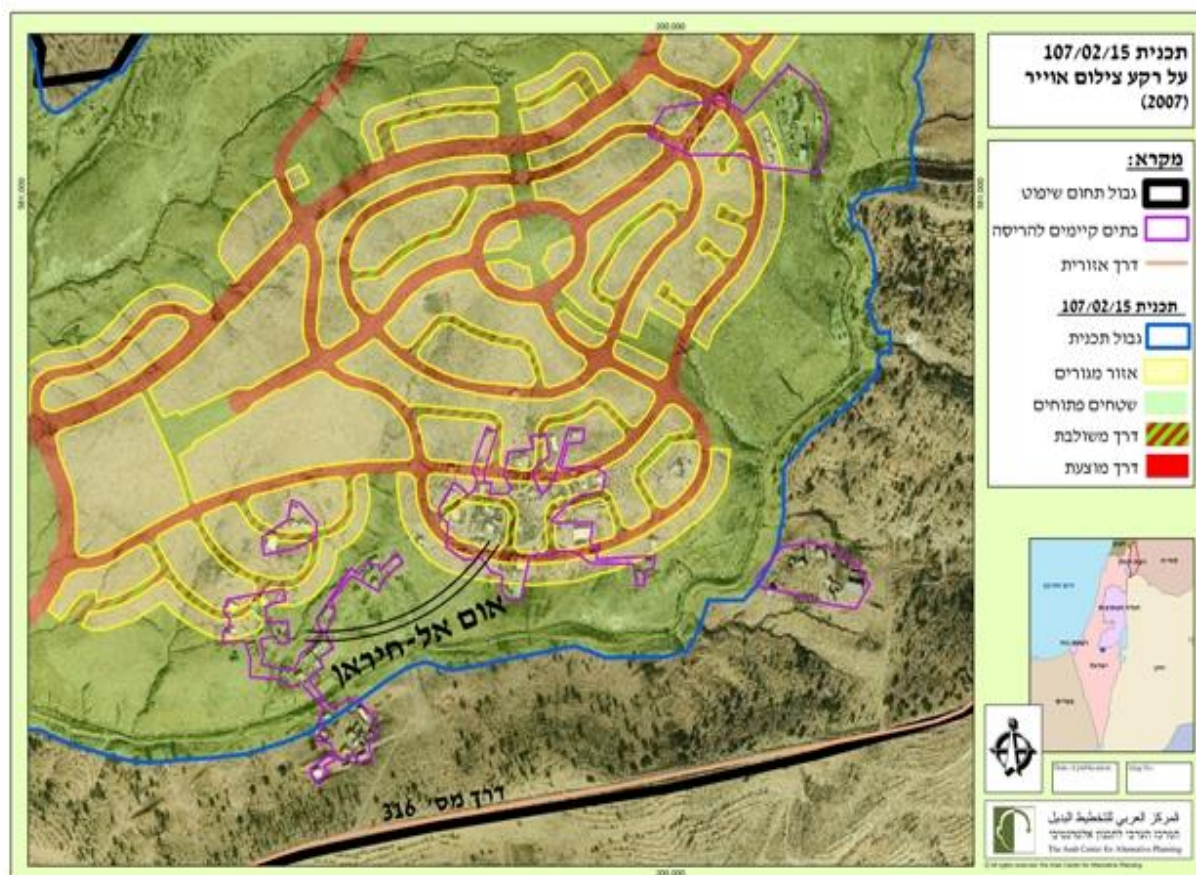
⁴ תל"פ 2136/09 ראתב אבו אלקיעאן ואח' נ' מדינת ישראל – ועדה מחוזית לתכנון ובנייה דרום (2011)

התייחסות תכנית המתאר למתחם אום אלחיראן - חירן ליהודים בלבד:

16. התוכנית הנדונה מבקשת להקים ישוב פרברי חדש בשם "חירן" בשטח של קרוב ל-3,500 דונם. היקף הבנייה המוצעת הינו כ-2,400 יחידות דיור עם יעד אוכלוסיה של כ-10,080 תושבים לשנת 2030. יעודי הקרקע המוצעים בתחום התכנית תואמים לצרכי הישוב החדש: אזורי מגורים שונים, שטחים למבני מוסדות ציבור, מסחר, תעשייה בית עלמין, מתקנים הנדסיים, שטחים פתוחים שונים (בכללם פארק נחל, יער ופארק טבע עירוני).

17. התכנית מגדירה 4 שלבי פיתוח, כאשר שלב א' כולל 613 יח"ד לפיתוח מיידי. התכנית המפורטת לשלב א' כוללת הוראות בדבר תכליות ושימושים, אחוזי בניה, קווי בניין, גובה בניה ומספר קומות, הנחיות ועיצוב אדריכלי, הוראות לביצוע תשתיות, הוראות לשמירה על הנוף ואיכות הסביבה והן קביעת תנאים להוצאת היתר בניה.

18. רוב שטחו של מתחם אום אלחיראן, בו מתגוררים קרוב ל-500 תושבים, נמצא בגבולות תוכנית המתאר המפורטת של הישוב חירן, דהיינו נכללה בקו הכחול של התוכנית. חלק גדול מבתי המתחם מצויים בשטח המיועד לבנייה למגורים ובחלקם האחר נמצאים בשטחים המיועדים כשטחים ציבוריים ויער מוצע. חלק קטן מהמבנים במתחם נמצא מחוץ לגבול התוכנית אך צמוד לו.



19. על אף זאת, התוכנית לא מצאה לנכון לקחת את העובדה הנ"ל בחשבון ולתת פתרון תכנוני והתיישבותי לתושבי המתחם וייעדה את כלל הבתים בו להריסה. בכך התכנית לוקה בחוסר התייחסות לאוכלוסייה הערבית בדויות המתגוררת במתחם אום אלחיראן משנת 1956.

20. המסקנה המתבקשת היא כי היישוב חירן מיועד לאוכלוסייה יהודית בלבד ובשל כך נמנעת התוכנית מלהתיר את הבנייה בכפר במסגרתה ובגבולותיה. במילים אחרות, אזור התוכנית מיועד לפיתוח התיישבותי ומבחינת מוסדות התכנון אין כל מניעה להקים בו ישוב פרברי שיגיע לכ-10,000 תושבים, אך יחד עם זאת אין סיבה מבחינת אותם מוסדות תכנון למצוא באותו מקום פתרון התיישבותי ראוי לכ-500 בני אדם באום אלחיראן, שיושבים במקום מזה כ-55 שנים. דהיינו, האוכלוסייה הערבית מתבקשת לפנות את אזור התוכנית על מנת ליישב בו אוכלוסייה יהודית.

תוכנית מטרופולין באר שבע והפתרון שהוצע במסגרתה:

21. כמו תושבים רבים ביישובים הבדואים הלא מוכרים, גם תושבי הכפר עתיר/אום אלחיאן ציפו כי תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע (תמ"מ/4/14/23), המקודמת מאז שנת 2003, תיתן פתרון התיישבותי ראוי עבורם. תכנית המטרופולין לא התייחסה לשאיפתם של תושבי הכפר עתיר/אום אלחיראן לסיים שנים רבות של חיים בתנאים מחפירים בכפר בלתי מוכר ללא תשתיות ושירותים בסיסיים. רשויות התכנון בחרו במקרה זה להתעלם מקיומם של התושבים בשטח ולפיכך, תכנית מטרופולין באר שבע לא הציעה כל פתרון תכנוני לכפר הנ"ל. בשל כך, הגישו תושבי הכפר הבלתי מוכר עתיר/אום אלחיראן את התנגדותם לתכנית מטרופולין באר שבע כאשר זאת הופקדה לעיון הציבור בשנת 2007 והשמיעו את טענותיהם בפני החוקרת שמונתה לשמיעת ההתנגדויות בחודש יולי 2008.

22. המלצות החוקרת כללו מספר נקודות מפנה חיוביות בהתייחסותה אל הכפרים הבדואים הלא מוכרים בנגב. בהתאם לעקרונות שהנחו את המלצותיה, האוכלוסייה הבדואית שחיה בכפרים היא בעלת מאפיינים קהילתיים ייחודיים לה ובעלת זיקה למרחב בו היא חיה, וכל פתרון שיוצע עבורם חייב להתחשב בכך, על מנת שניתן יהיה לממשו בפועל. החוקרת אף הלכה צעד קדימה בכל הנוגע לתפיסת מגוון היישובים בכך שהכירה בצורך להכיר בסוג ההתיישבות הקיים, התיישבות כפרית, בכל פתרון תכנוני עתידי שייעד לכפרים הלא מוכרים. אמנם המלצותיה לא נתנו פתרונות מלאים לכל הכפרים הלא מוכרים, אך היא ביקשה במפורש להסדיר את הכפר עתיר/אום אלחיראן.

23. לאחר הליך תכנוני שנמשך למעלה משבע שנים, החליטה הוולנת"ע בתאריך 20/07/2010 לקבל את רוב רובן של המלצות החוקרת, ובכלל זה גם את הכרתו של הכפר עתיר/אום אלחיראן במקום מושבו של המתחם הצפוני יותר, עתיר, והוצעה כי האוכלוסייה שמתגוררת במתחם אום אלחיראן תעבור למתחם עתיר לאחר תכנונו והסדרתו.

24. בתאריך 15/11/2010 התקבלה בקשתו של נציג משרד ראש הממשלה במועצה הארצית לתכנון ולבנייה לקיים דיון חוזר בהחלטת הוולנת"ע בעניין תמ"מ/4/14/23, בטענה שקיים מידע חדש שלא היה ידוע בעת הדיון הקודם. בהתאם לכך, קיימה הוולנת"ע דיון חוזר בנושא בתאריך 16/11/2010

בסיומו הוחלט לבטל את הפתרון המוצע עבור הכפר עתיר/אום אלחיראן. החלטה זאת התקבלה בצורה לא שקופה ובאופן לא ראוי ואינה משקפת את הבחינה היסודית שנעשתה לאחר שמיעת ההתנגדויות לתכנית. תוכנית מטרופולין באר שבע טרם קיבלה אישור סופי על ידי שר הפנים. תושבי עתיר/אום אלחיראן ביקשו כי השר יזמן אותם לשמיעת טענותיהם בטרם יחליט לגבי אישור התוכנית. השר טרם החליט בנושא.

התוכנית איננה נשענת על תשתית עובדתית ראויה:

25. ההחלטה להפקיד את התוכנית ולדחות את התנגדויות העוררים ולייעד את בתיהם להריסה נעשתה מבלי לערוך בדיקה מקיפה ועניינית של כלל העובדות הרלוונטיות בשטח ולעובדות המקצועיות הרלוונטיות באשר לתכנונו של האזור.

26. המחדל של רשויות התכנון מתייחס לאי בדיקה עניינית ושלמה למסכת העובדתית שביסוד קבלת ההחלטה בדבר הפקדת התוכנית ודחיית ההתנגדויות, הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בחלטה החורצת את עתידם של תושבי אום אלחיראן לפינוי והריסת בתיהם.

27. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מינהלית שהתקבלה ללא בירור כלל העובדות הנוגעות לעניין, אלא על יסוד תחושה בעלמא, או שבגלל שדעת הרשות נחושה להשיג תוצאה מסוימת ללא תשתית עובדתית ראויה ושלמה, הינה החלטה שרירותית שדינה פסלות. בעניין ברגר נקבע כי:

"ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית...תהליך קבלת ההחלטה על ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה) בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף סיכום ההחלטה המנומקת".

בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר המשפטים, פ"ד לז(3) 29, 48-49 (1983).

ראה לעניין זה גם:

בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994).

28. היות ועל הפרק זכויות יסוד חוקתיות של העוררים, כפי שיפורט להלן, חובה היתה על רשויות התכנון כי זכויותיהם של העוררים יובאו בחשבון ויישקלו במהלך הכנת התוכנית. יפים לעניינינו וניתן להקיש לנושא הנדון מדברי בית המשפט העליון בעניין העיר אלעד, עיר חרדית חדשה שהוקמה במרכז המדינה. בית המשפט העליון התייחס באופן ביקורתי ביותר, להחלטת משרד הבינוי והשיכון אשר העניקה הטבות מפליגות לרוכשי יחידות דיור בעיר זו, מבלי שהונחה תשתית עובדתית ראויה המצדיקה את ההעדפה הייחודית ומבלי שנשקלו האינטרסים של כלל האוכלוסייה החרדית. כך קבעה כבוד השופטת ביניש:

"[...] לא הובאו בפנינו נתונים המלמדים כי צרכיה של כלל האוכלוסייה החרדית נבחנו לאשורן בטרם הוחלט על הקמת אלעד ועל היקף שיווק הדירות בשיטת, מחיר משתכן" בה. למעשה, נראה כי לא נעשה מחקר על היקף הצרכים בקרב האוכלוסייה החרדית, וכן לא נבדקו צרכי כלל האוכלוסייה, לרבות אוכלוסייה בעלת צביון דתי שאינה חרדית, בטרם הוחלט על הקצאת הדירות באלעד".

בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד

הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 517 (2000)

29. דבריה של כבוד השופטת ביניש על הצורך בבחינת צרכי כלל הציבור והמגזרים השונים בטרם קבלת החלטה המתייחסת להטבות בדיוור, יפים לעניינינו, מאחר ומשמעות תוכנית המתאר הנדונה, באם היא תאושר, היא, כי בתיים של העוררים ייהרסו וכפרם יפונה, תוך כדי פגיעה חמורה ביותר בזכויותיהם, על מנת לשכן באזור קבוצת אזרחים אחרת.

30. סבירותה של החלטה תכנונית לרבות תוכנית מתאר נאמדת על פי העלאת השיקולים הרלוונטיים בנסיבות העניין ועשיית איזון ראוי וסביר ביניהם. פסיקה רבה פסלה החלטות של מוסדות תכנון מחמת חוסר סבירות. כך למשל בעניין החברה להגנת הטבע⁵ ביטל בית המשפט העליון תוכנית מתאר לכביש מאחר והועדה המקומית לא שקלה את הצורך בעריכת "תסקיר כללי" להשפעה על הסביבה והיות ואינטרסים סביבתיים לא באו לידי ביטוי בדיוני ועדות התכנון.

31. נציין, כי במקרה דומה, בישוב כמאנה שבמועצה אזורית משגב, מתח בית המשפט העליון ביקורת חריפה על רשויות התכנון אשר בחרו להוציא מתחום תוכנית המתאר חלק מהשכונות בישוב ובכך לא לתת לעשרות בתים פתרון תכנוני הולם.

32. בדומה לתוכנית המתאר הנדונה, תוכנית המתאר בכמאנה התעלמה מהמצב הקיים בשטח ומדפוס הבינוי והמגורים בישוב כמאנה כפי שאלה התפתחו למשך עשרות רבות של שנים. לבסוף, בעניין כמאנה, החליט בית המשפט העליון, בין היתר, כדלקמן:

"אין חולקין שהכפר כמאנה, על כל שכונותיו, הינו יישוב אורגני. מטרת תכנית המיתאר הייתה להקנות לכפר מעמד מוניציפלי מוכר. אלא שהתכנית, כפי שאושרה, הותירה מחוץ לגבולה שתי שכונות שתושביהן מהווים מיעוט בלתי מבוטל מאוכלוסיית הכפר. מן הבחינה האמורה לוקה התכנית בחסר, שהשלמתו מחייבת מציאת פתרון תכנוני".⁶

33. בית המשפט המשיך וקבע לעניין זה כי על משרד הפנים לשקוד ולערוך תוכנית מתאר חדשה רחבה יותר, ואף ראה לנכון להורות על הקפאת ההריסות באזורים שנתרו מחוץ לתוכנית המתאר עד להשלמת הליכי התכנון. וכלשון בית המשפט:

"נראה לי כי בנסיבות העניין יש לצוות על הוועדה המחוזית להגיש תכנית-הרחבה לתכנית המיתאר תוך שמונה-עשר חודשים מהיום. ובמטרה למנוע שינוי לרעה במצבם של העותרים, עד לאישורה של התכנית המורחבת, הייתי אוסר על המשיבים להרוס, בשטח השכונה המערבית ובשטח שכונת גילסה, מבנים שכבר היו קיימים בשכונות אלו במועד אישורה של תכנית המיתאר הנוכחית, או לפנות ממבנים אלה את תושביהם".⁷

⁵ עע"מ 9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, (טרם פורסם, ניתן ביום 5.5.08)

⁶ בג"ץ 7960/99 האשם סואעד ואח' נ' המועצה האזורית משגב ואח', פס"ד נה (5) 929, 937.

⁷ בג"ץ 7960/99 האשם סואעד ואח' נ' המועצה האזורית משגב ואח', פס"ד נה (5) 929, 938.

34. הנה כי כן, התוכנית הינה שרירותית ביותר, מאחר ואינה נשענה על תשתית עובדתית ראויה ונתונים רלוונטיים המצדיקים את הפקדתה ואת ההחלטה ליעד את הבניינים במתחם אום אלחיראן להריסה ובכך להביא לפינוי הקרקע מדייריה הערבים על מנת ליישב במקומם אוכלוסייה יהודית.

פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות:

35. העוררים יטענו, כי יעוד בתיהם להריסה על פי התוכנית והריסתם בפועל תהווה פגיעה חמורה בזכותם החוקתית לקניין, בזכותם החוקתית לכבוד ובזכותם החוקתית לשוויון.

א. הזכות החוקתית לקניין:

36. העוררים יטענו, כי זכותם לשימוש בקרקעות אותם הן משמשות למגורים למשך כ-55 שנים יוצרת זכות חוקתית לקניין לפי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

37. כאמור, מעברם של העוררים למקום שהפך להיות כפרם בהוראות הממשל הצבאי, קרי מדינת ישראל, השקעתם בו, בניית בתיהם ופיתוח חייהם בו, וכן הציפייה וההסתמכות כי זהו ביתם וזוהי אדמה בה יוכלו להשתמש באופן תמידי, כל אלה משכללות זכות קניינית חוקתית הראויה להגנה על ידי מערכות התכנון וששום פיצוי כספי איננו יכול לפצות בגין פגיעה כה חמורה וגורפת בה.

38. אין צורך להכביר מילים אודות הזכות לקניין שעל שני היבטיה הכלכלי והרגשי, הנה זכות יסוד חוקתית אשר עוגנה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. כך למשל נקבע בעניין מחול להיבטיה של הזכות לקניין כדלקמן:

"הזכות לקניין, המוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר טבועים בה שני היבטים. היבט אחד הוא ההיבט הכלכלי, והאחר הוא ההיבט הרגשי. על ההיבט הרגשי כמאפיין את הזכות במקרקעין עמד פרופ' ויסמן באומרו: "בעלות במקרקעין מפתחת לעתים קרובות זיקה רגשית של בעל הקרקע כלפי הקרקע, נשוא הבעלות. דבר זה נובע, בין השאר, מכך שאין לך תחלף מלא לחלקת אדמה כלשהי... המשפט מתחשב בהיבט זה של המקרקעין ומשתדל שלא לנשל אדם ממקרקעיו, ושלא ליצור מצב שבו יאלץ בעל קרקע לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרקעין" (ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 115).

בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 317 (1996)

39. ולעניין זה נקבע בפרשת חוף עזה כלהלן:

"הקניין בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות קנייניות כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכושי"

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 583 (2005).

לזכות הקניין ראו עוד :

ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995)

בג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, נט(5) 368 (2005)

בג"ץ 2390/96 **קרסיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 625 (2001)
היושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" **הפרקליט** מב 258 (1995)
יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" **משפטים** כח 535 (1997)

ב. הזכות החוקתית לכבוד :

40. העוררים יטענו, כי ייעוד בתייהם להריסה בנסיבות העניין מהווה אף פגיעה חמורה ביותר בזכותם החוקתית לכבוד המעוגנת אף היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שכן, הריסה בנסיבות העניין תשלול את זכותם לדיור, תשלול כל ערך לחיי המשפחה והחברה של העוררים ותשלול כל ערך לאנושיותם של העוררים וכן תפגע באישיותם. החלטת ועדות התכנון לייעד את בתי העוררים להריסה באזור המיועד למגורים נותנת לעוררים את התחושה כי היחס אליהם כאל חפצים שניתן בנקל להעבירם ממקום למקום ללא לקיחה בחשבון את יחסם וקשריהם ההדוקים לאותו מקום, את ההשלכות החברתיות, המשפחתיות והכלכליות לנושא זה.

41. על כך עמד בית המשפט העליון בעניין **חוף עזה** כדלקמן :

"יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו" (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827, מפי השופט א' ברק). באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" (דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1), 48, 95-96). ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות "להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה" (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570). בהתייחסו לתוכנה של זכות זו קבע השופט אור: "זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה, במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות הבחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו" (שם, עמ' 570, 571).

[...]

אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה."

בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 562-561 (2005).

42. יתירה מכך, הלכה פסוקה היא כי הזכות לדיור הנה זכות חוקתית הנחשבת כחלק מזכות היסוד של האדם לכבוד. על חשיבותה של הזכות לדיור כחלק מכבוד האדם וחירותו נקבע בפרשת **גמזו**:

"כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 375, 360 (2001).

ג. הזכות לשוויון:

43. בנוסף, יעוד בתיהם של העוררים להריסה בנסיבות העניין, תוך כדי העדפת האינטרסים של אוכלוסייה יהודית, ככל הנראה, אותה מעוניינת המדינה להביא לאזור על פני העוררים, אך ורק בשל שייכותם הלאומית ו/או הדתית, מהווה פגיעה בזכות החוקתיות לשוויון שמהווה אף היא חלק מכבוד האדם. ועדות התכנון בהקשר הזה לא נתנו משקל שווה או ליתר דיוק לא נתנו כלל משקל לאינטרסים של העוררים, אשר כאמור מתגוררים בכפרם כ-55 שנים. לעומת זאת, ועדות התכנון נתנו משקל מכריע וחורף גורלות לטובת קבוצה פוטנציאלית של מתיישבים בהן מעוניינות, אף ללא שאלה רכשו זכויות כלשהם באזור ואף שזהותם של אלה איננה ידועה עוד. דהיינו, ועדות התכנון לא נתנו משקל שווה לאינטרסים של העוררים כמו לזה של המתיישבים הפוטנציאליים העתידיים באזור.

44. העוררים יטענו, כי ועדות התכנון מעדיפות אינטרסים זרים של הפרדה במגורים על פני האינטרסים הלגיטימיים שלהם ותוך כדי התעלמות מוחלטת מזכויותיהם החוקתיות.

45. המסקנה חסרת ההיגיון המתבקשת בנסיבות העניין היא, כי "זכויותיו" של פלוני, שטרם נודעה זהותו, אף שזה טרם רכש זכויות כלשהן באזור, עדיפות על מתיישבי הכפר אשר ייסדו אותו לפני 55 שנים על פי הוראות המדינה.

46. הפסיקה העליונה קבעה כבר, כי החובה המוטלת על רשויות הציבור, כולל כמובן רשויות התכנון, לנהוג בשוויון בכל אזרחיה הינה רחבת היקף, והיא משתרעת לכל התחומים, במיוחד בכל מה שקשור להקצאתם של משאבים העומדים לרשותה. חובתה של הרשות לנהוג בשוויוניות בכל תחומי פעילותה מקבלת משנה חשיבות ותוקף עת שמדובר באוכלוסייה הערבית במדינה:

"עקרון השוויון חולש על כל תחומי הפעילות של השלטון. יחד עם זאת, חשיבות מיוחדת נודעת לו בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה ואזרחיה שאינם יהודים. חובה זו – של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל – ערבים ויהודים כאחד – מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית".

בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 17.6.07).

ראה גם:

בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 170, 160 (2000)

47. כאמור, משמעותה של תוכנית המתאר הנדונה היא כי משאב הקרקע עליו מתגוררים העוררים יוקצה לקבוצת אזרחים יהודים. ולעוררים, בשל מוצאם ו/או גזעם ו/או דתם לא תהיה עוד כל זכות בהם וזכויותיהם הקיימות תישללנה מהם בשל כך. תוצאה זו מנוגדת תהיה להלכה אשר נקבעה בעניין קעדאן על ידי בית המשפט העליון ולפיה:

"מסקנתי הינה, איפוא, זו: החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל עירון להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, היתה פוגעת בתכלית (הכללית) המונחת ביסוד סמכותו של המינהל, והיא הגשמת השוויון...נמצא, כי החלטה כזאת, לו היתה מתקבלת, היתה בלתי חוקית".

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279-278 (2000).

48. משמעות נוספת של התכנית הוא חלוקה בלתי צודקת של משאבי הקרקע באזור. בעניין עמותת שיח חדש ביסס בית משפט העליון את עיקרון הצדק החלוקתי, להבטחת חלוקה חברתית צודקת של משאבים, כשיקול ענייני ומחייב את חלוקת מקרקעין על ידי המדינה. זהו אינטרס ציבורי חשוב ביותר, כי, משאב הקרקע יחולק על ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר.⁸

פיסקת ההגבלה:

א. תכלית בלתי ראויה

49. התוכנית והחלטת ועדת המשנה לעררים מבקשות לנקוט בצעד תכנוני חסר תקדים, לפיו ייהרסו בתי העוררים על מנת לפנות את השטח למגורי אוכלוסייה אחרת (ככל הנראה יהודית). הלכה פסוקה היא כי כל חקיקה ראשית או מעשה מינהלי חייב לשרת תכלית ראויה. הפסיקה קבעה כי תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם אינה תכלית ראויה. תכלית אשר מתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה. תכלית אשר לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים אינה תכלית ראויה. על מהותה של תכלית ראויה נקבע בפס"ד חוף עזה כדלקמן:

"כך ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן...". (השופטת ביניש בפרשת מנחם [39], בעמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון [38], בעמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית".

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005).

⁸ בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל (2002) פ"ד נו(6) 25, 64-65.

ראו לעניין זה גם :

ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה (4) 529 (1991) אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003).

50. העוררים יטענו כי, יעוד בתיהם וכלל בתי הכפר להריסה לאחר הישיבה בו כ-55 שנים איננה לתכלית ראויה. עקירתם מכפרם לאחר שישבו בו מכוח בקשתה והסכמתה של המדינה איננה לתכלית ראויה. הפגיעה בזכויות החוקתיות של העוררים במקרה דנן כאשר אין אינטרס ציבורי מובהק המצדיק זאת אינה לתכלית ראויה. העובדה לפיה המקום אותו מתבקשים העוררים לפנות מיועד לתכנון יישוב אחר אינו מעיד על אינטרס ציבורי המצדיק את הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של הנ"ל. נהפוך הוא, הוא מעיד על הפגיעה באינטרס הציבורי האזרחי אשר מחייב את הרשויות לבצע תכנון ראוי ומהיר להכרה בכפר שיושבים בו תושבים מעל 55 שנים. דווקא אי תכנונו של הכפר על מנת שיתפתח לרווחת תושביו היא הפוגעת באינטרס הציבורי.

51. יתרה מכך, מהאמור לעיל עולה, באופן ברור כי התשתית העובדתית הרלוונטית לא הובאה בפני מקבלי ההחלטות בעניין ולא נשקלה כלל על ידם, כפי שפורט לעיל. עובדה זו בנוסף לכך כי הכפר קיים מזה כ-55 שנה, מובילה למסקנה הברורה, כי תכליתו של הליך התכנון ויעוד בתי העוררים להריסה הנו לרוקן את האזור בכדי שיתאפשר פיתוחו כיישוב לאוכלוסייה היהודית. דהיינו תכלית שבבסיסה מטרה מפלה על רקע לאום ו/או דת וכן הפרדה במגורים על רקע גזעי.

52. העוררים יטענו בהקשר זה, כי פגיעה בכבודם ובקניינם על מנת לקדם מדיניות של הפרדה במגורים איננה יכולה להיות לתכלית ראויה, התניית זכותם לחיות בכבוד ואי פגיעה בזכות לקניין על מנת לקדם מדיניות פוליטית דרך הליכי התכנון איננה יכולה להיות לתכלית ראויה. עניין לנו בפגיעה כה חמורה וכה גורפת בזכויותיהם הבסיסיות והחוקתיות של העוררים לכבוד, לקניין ולשוויון שאין כל תכלית ראויה לפגיעה כה מוחלטת בהן.

53. יתרה מכך, יעוד בתי העוררים להריסה יהיה מנוגד להלכה אשר נקבעה בפסק דין **אבו מדיגם** בו ביטל בית המשפט העליון את מדיניות ריסוס היבולים בכפרים הבלתי מוכרים, מאחר והיא עלולה לפגוע בזכות של שוכני האזורים המרוססים לכבוד ולבריאות. וכלשון כבוד השופטת ארבל בעניין **אבו מדיגם** :

"פעולות הריסוס כפי שנעשו פוגעות לטעמי באגד של זכויות וערכים ששמירתם חיונית לשמירה על קיומו וכבודו של אדם באשר הוא אדם. לצד תפקידה של המדינה בהגנת מקרקעיה, מוטלת עליה חובה אחרת בעלת חשיבות עילאית - להגן על שלומם ורווחתם של אזרחיה: גברים ונשים; צעירים וקשישים; שומרי חוק ומפרי חוק. במסגרת זאת, נושאת המדינה באחריות להגנת בריאותם, שלמות גופם וכבודם של בני המגזר הבדווי בנגב, אשר כל אחד מפרטיו הוא אזרח המדינה, ומכאן כי עליה לממש את יעדיה ומדיניותה, בתחום הקרקעי ובכלל, באמצעים אשר עולים בקנה אחד עם אחריותה זו להגנת זכויות היסוד של אזרחיה".

בג"ץ 2887/04 **אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל**, 50 (טרם פורסם, ניתן ביום 15.4.07).

54. השופטת ארבל אף ציינה, כי סוגיית האוכלוסייה הבדווית והכפרים הבלתי מוכרים בנגב היא סוגיה המצריכה פתרון מערכתי כולל ומקיף. וכלשון פסק הדין :

"לצד זאת, ראוי כי מצב הדברים שתואר בעתירה זו, יחד עם המצוקה והקשיים שתוארו, יזכיר שוב לכולנו את שידענו זה מכבר: כי המציאות הקשה עימה מתמודדת האוכלוסייה הבדווית במדינת ישראל, מחייבת - ויפה שעת אחת קודם - פתרון מערכתי כולל ומקיף. פתרונות נקודתיים, טובים יותר או טובים פחות, לא יוכלו להוות בטווח הארוך פתרונות-אמת. הגיעה העת לגבש ולממש פיתרון רחב באמת לסוגיה זו".

בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, 54 (טרם פורסם, ניתן ביום 15.4.07).

ב. מבחן המידתיות

55. העוררים יטענו, כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות לעיל הנה בלתי מידתית.

לעקרון המידתיות ראו:

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 838-839 (2004).

מבחן הקשר הרציונלי:

56. אם נלמד לגבי כוונת רשויות התכנון לייעוד אותו אזור בו הן מבקשות להרוס את בתי העוררים, הרי על פי תוכנית המתאר הנדונה, אזור מתחם אום אלחיראן מיועד ברובו למגורים. בנסיבות אלה, לייעוד בתי המגורים של העוררים להריסה אין כל קשר למטרה הסופית אותה רוצה להשיג התוכנית (פיתוח האזור למגורים). הרי ניתן לקיים את תוכנית המתאר ללא הריסת בתי העוררים. נהפוך הוא, דיני התכנון מחייבים כשלעצמם שקילת האינטרסים הלגיטימיים של העוררים והתאמת התכנון העתידי לרווחתם. לכן, תכנון ראוי ובהתאם לחובות מהמשפט המינהלי שחלים על רשויות התכנון מחייב דווקא תכנון ללא הריסה.

57. יתרה מכך, בסופו של תהליך עניין לנו בחלוקת משאבי קרקע לכלל האזרחים במדינה אשר אמור להיות מושתת לא רק על עקרונות השוויון אלא גם על עקרונות החלוקה הצודקת של משאב הקרקע. ואם בכך עסקינן אז ודאי לא יכול להיות קיים כל קשר רציונאלי בין הריסת בתי העוררים ופינויים לבין תכלית זו.

לעקרונות החלוקה הצודקת של משאבי הקרקע ראה:

בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002)

מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה):

58. הריסת בתי העוררים הנו האמצעי אשר פוגע בזכויות חוקתיות של הנ"ל באופן הגורף והקשה ביותר. על אף קיומן של חלופות של הכשרת הבנייה באום אלחיראן על פי המצב התכנוני המוצע במסגרת התוכנית הנדונה, חלופות אלה לא נבחנו כלל על ידי ועדות התכנון כאמור והן בחרו לפגוע בזכויות חוקתיות של העוררים.

59. המתכננים יכלו לבחור, כאמור, בהכשרת הבנייה במתחם ובאי יעוד בתי העוררים להריסה, ובכך לא רק למנוע פגיעה בזכויותיהם החוקתיות של התושבים אלא אף לקיים את מטרותיה של התוכנית לייעד את האזור למגורים והרחבת ההתיישבות בו.

60. בית המשפט העליון פסל לא אחת את מסלולו של גדר ההפרדה והורה על שינויו בשל מבחן זה. דהיינו הרשויות יכלו לבחון תוואי שונה של הגדר אשר מקיים את מטרותיו אף פוגע פחות בזכויות הקנייניות של בעלי האדמות באזור. כך נקבע למשל בפסק דין **בית סוריק** כלהלן:

"אין מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי. גדר ההפרדה מערערת את האיזון העדין בין חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון לבין חובתו להבטיח את צורכי התושבים המקומיים. גישתנו זו מבוססת על כך כי התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון - היוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות - פוגע בתושבים המקומיים באופן קשה וחרף תוך הפרת זכויותיהם על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הנה העובדות: למעלה משלושה-עשר אלף חקלאים (פלחים) מתנתקים מאלפי דונמים של אדמותיהם ומעשרות אלפי עצים שעליהם פרנסתם, המצויים מהצד האחר של גדר ההפרדה. לא נעשה כל ניסיון לחפש ולהעמיד לרשותם קרקע חלופית חרף הצעותינו החוזרות בעניין זה. אמת, הניתוק אינו מלא, שכן המפקד הצבאי הודיע כי ייקבעו שני שערים למעבר מכל אחד משני הכפרים אל האדמות תוך קביעת משטר של רישוי. מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם (בבוקר מוקדם, בצהריים ובערב) כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. [...] חייו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, תוואי גדר ההפרדה פוגע קשות בזכות הקניין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה שהם סובלים ממנה עד כה (בין השאר לנוכח האבטלה הרבה השווה במקום) תלך ותחריף.

פגיעות אלה אינן מידתיות. ניתן להפחיתן באופן משמעותי על-ידי תוואי חלופי, בין זה שהציגו בפנינו המומחים של המועצה לשלום ולביטחון ובין תוואי אחר שיקבע המפקד הצבאי. תוואי חלופי כזה קיים. אין הוא פרי הדמיון. הוא הוצג לפנינו".

בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 850-851 (2004).

ראו לעניין זה גם:

בג"ץ 2577/04 **אל חוואגה נ' ראש הממשלה**, (טרם פורסם, ניתן ביום 19.7.07)

בג"ץ 9593/04 **מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, (טרם פורסם, ניתן ביום 26.6.06)

61. עוד בהקשר הזה נקבע על ידי בית המשפט העליון, כי פגיעתה של פעולה שלטונית צריכה להיבחן לפי נסיבות העניין ולפי נסיבותיה של הקבוצה הנפגעת.⁹

המבחן הצר:

62. מבחן זה קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. דהיינו, המבחן הזה יוצא מתוך הנחות שלפיהן, כל

⁹ בג"ץ 1478/06 **ראש עיריית דאהרייה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, 12,15 (טרם פורסם, ניתן ביום 14.12.06).

טיעוני הרשויות הינן מבוססות, לתכלית ראויה, ולאחר שנשקלו כל החלופות. עם זאת, מבחן זה בודק, האם בכל זאת, האם הנוק לערכים הדמוקרטיים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של ההחלטה המינהלית או החקיקה הראשית.

ראו לעניין זה :

בג"ץ 7052/03 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, 69 (טרם פורסם, ניתן ביום 14.5.06).

63. ולכן תישאל השאלה האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם כדאי להרוס בתיהם של אזרחים הנמצאים באזור התוכנית מזה יותר מ-55 שנה על מנת ליישב קבוצת אזרחים אחרת? האם זהו צעד ראוי? התשובה על שאלה זו, בנסיבות העניין, איננה יכולה להיות אלא בשלילה.

64. נשאלת השאלה אם כן, אף אם נניח כי להריסת הבתים תכלית ראויה, האם כדאי לפגוע בזכויות העוררים למען קידומו של אינטרס ציבורי שהתוכנית ורשויות התכנון מבקשות לקדם? ובכן, האינטרס הציבורי גם אם בהנחה שהוא לגיטימי וכשיר הוא לא עומד בראיה כללית עם המחיר של הפגיעה בזכויות החוקתיות של העוררים. המחיר בנסיבות העניין הנו גבוה ביותר שאין שיטת המשפט יכולה לסבול אותו. המחיר הוא גבוה גם מחמת האפשרות כי יפגע במרקם היחסים בין האוכלוסיות באזור הנגב ובסדר הציבורי.

65. התוצאה המעשית של פינוי אוכלוסיית אזרחים מסוימת על מנת לאכלס אוכלוסיית אזרחים אחרת הנה קשה ביותר אשר הלכה למעשה מהווה ומיישמת מדיניות הפרדה על רקע לאום ו/או דת אשר מזכירה משטרים אפלים שחלפו מן העולם כגון דרום אפריקה בתקופת האפרטהייד.

66. הנה כי כן, התוכנית אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה, היא לא לתכלית ראויה, והפגיעה בזכויות החוקתיות הינה מעל הנדרש, היינו לא עומדת בתנאי מבחן המידתיות.

סיכום

67. לסיכום, הנסיבות המתוארות לעיל מעלות תרחיש תכנוני בלתי סביר הפוגע בזכויות יסוד של תושבי מתחם אום אלחיראן שבכפר עתיר/אום אלחיראן ומהווה, הלכה למעשה, נדבך נוסף במדיניות של הפלייה בהקצאת משאבים לצרכי מגורים והתיישבות של האוכלוסייה הבדווית בנגב. הדברים לעיל מקבלים משנה תוקף לאור חשיבותו של משאב הקרקע עליו אמונים מוסדות התכנון בכלל תחומי הפיתוח.

68. אחת ממטרות התכנון המרחבי היא קביעת ייעודי הקרקע מצד אחד ומדיניות לפיתוחו מצד שני, תוך התחשבות במידת חיוניותו עבור כלל הציבור וצרכיהם הייחודיים של קבוצות אוכלוסייה מוגדרות מתוך אותו ציבור. הדבר מקבל משנה חשיבות גם לאור התפישה כי דיני התכנון והבניה הפכו להיות המנוע העיקרי לפיתוח כלכלי וחברתי במישורים שונים ברמה הארצית, האזורית והמקומית. על כך עמד כבוד השופט חשין בפרשת **אדם טבע ודין** :

"הכול יסכימו כי לא הרי הקונצפציה של דיני התכנון כיום כהרי הקונצפציה שהייתה בעבר. דין התכנון הינו דין דינמי, ובמהלך השנים זכה לממדים

ולמשמעויות שלא היו לו בעבר. איננו מדברים עוד -כבעבר- אך בשימושי קרקע למיניהם, אלא בתפיסה סביבתית כוללת של חברה, של כלכלה ושל איכות חיים בעיר ובכפר.¹⁰

לאור כל האמור לעיל, העוררים מבקשים מהמועצה הארצית לתכנון ולבנייה לבטל את התוכנית הנדונה במתכונתה הנוכחית וולהורות על עריכתה מחדש בכך שתיתן מענה תכנוני ראוי ומקובל לתושבי אום אלחיראן באזור מושבם מזה יותר מ-55 שנים.

סזאר יהודקין, מתכנן ערים
עמותת במקום

סוהאד בשארה, עו"ד
מרכז עדאלה

¹⁰ בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותת רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה (3) 441, עמ' 455-454