

בית משפט מחוזי באר שבע
עא 1165/09 (ש. באר-שבע א 6/04
אבו אלקיעאן אי נ. מנהל מקרקעי
ת.פתיחה: 21/10/09 סדר דין: רגיל

בבית משפט המחוזי

בבאר שבע

איברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח' (הנתבעים בת.א. 3326/04)

עטוה עיסא אבו אלקיעאן ואח' (הנתבעים בת.א. 3341/04)

עיי ב"כ עוה"ד עלאא מחאגינה ו/או סוהאד בשארה ו/או
חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או עביר בכר ו/או סאוסן זהר
ו/או פאטמה ו/או רנא עסלי ו/או חנין נעאמנה

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל, רחוב יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 310903

טלפון: 04-9501610 פקס: 04-9503140

המעוררים

מדינת ישראל

באמצעות מינהל מקרקעי ישראל

עיי עו"ד גיורא עדתו

רח' שלומציון המלכה 12, ירושלים 91009

המשיבה

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט השלום בבאר שבע (כבוד השופט גד גדעון) מיום
30.7.2009 במסגרת ת.א. 3326/04 ו- ת.א. 3341/04 שנדונו במאוחד. פסק הדין התקבל במשרדו
של הח"מ ביום 13.8.09 (להלן: "פסק הדין").

-מצ"ב העתק מפסק הדין ומסומן א'.

בפסק דינו, בית המשפט קמא קיבל את תביעותיה של המשיבה לסילוק ידם של המערערים ולמתן
צו מניעה קבוע נגדם ביחס למקרקעין מוסדרים הידועים כגוש 100009 חלקה 1, וגוש 100010
חלקה 1, הרשומים על שמה.

כן, נקבע כי המערערים, יחד ולחוד, ישלמו למשיבה שכר טרחת עו"ד בגין שתי התביעות יחד, בסך
של 10,000 ₪ בתוספת מע"מ והוצאות משפט.

א. פתח דבר:

1. עניינו של הערעור עסקינן הוא פסק הדין המורה על פינויים של המערערים תושבי הכפר
עתי/אום אלחירן (להלן: "הכפר") מבתיהם. התביעות נשוא ערעור זה הינן חלק משורת
תביעות זומות שהמשיבה הגישה כנגד תושבים אחרים של הכפר, ואשר עודם תלויים

ועומדים בפני בית המשפט. למעשה, התביעות הללו דורשות את פיניו והריסתו כליל של הכפר.

2. עתיר/אום אלחיראן הינו כפר בדווי לא מוכר. בכפר מתגוררים כיום כ-1,000 תושבים, כולם בני השבט אבו אלקיעאן. לפני מעברם לכפר ועד לשנת 1948, בני שבט אבו אלקיעאן התגוררו באזור ואדי זובאלה. בשנת 1948, התבקשו בני השבט על ידי הממונים בממשל הצבאי לעזוב את אדמותיהם ולעבור לאזור חירבת אלהוזייל. לאחר מכן, הם התבקשו שוב על ידי הממונים בממשל הצבאי לעבור לאזור ג'גילי (כיום קיבוץ להב), כוחלה ואבו כף.

3. בשלב מאוחר יותר בשנת 1956, הממשל הצבאי ציווה על בני השבט אבו אלקיעאן לעבור באופן סופי וקבוע למקרקעין עליהם הוקם הכפר. בהסתמך על הרשות שקיבלו, המערערים ואחרים מבני השבט השקיעו בכפר והם בנו אותו באופן התואם את אורח החיים הכפרי-מסורתי של בני שבט בצפייה להישאר שם באופן מתמיד.

4. היום, בחלוף יותר מ-50 שנים של ישיבה ממושכת בכפר במהלכם המערערים נהגו בו כמנהגם של בעלים באדמותיהם, המשיבה מחליטה על פתיחת פרק נוסף בהיסטוריית הנוודות הכפוייה של שבט אלקיעאן. ומה חפצה המשיבה להשיג? בבסיס הפיניו עומד רצונה של המשיבה להקים על אדמות הכפר יישוב יהודי חדש בשם "חירן".

5. פיניו המערערים ואחרים מתושבי הכפר הינו בלתי חוקי ולא צודק בנסיבות העניין. ראשית לכל, המערערים ידגישו את העובדה כי ישבתם הם ואחרים בכפר הינה לבקשת רשויות המדינה ועל דעתם! המערערים, ויתר תושביו של הכפר, אינם פולשים או משיגי גבול.

6. חמור יותר, המשיבה לא הצביעה על קיומו של אינטרס ציבורי המצדיק את דרישת הפיניו. באופן עקרוני, סעדים כגון פיניו והריסה של בתי מגורים הינם קיצוניים ביותר ובתי המשפט נוקטים משנה זהירות לפני שנתרים לסעדים דרסטיים כאלה. מקל וחומר בתי המשפט צריכים לנקוט במבחנים מתמירים אף יותר עת שהפיניו המבוקש מופנה כנגד כפר שלם הקיים יותר מ-50 שנים והמונה יותר מ-1000 אזרחים!

7. מלבד הנימוק שהמשיבה מצהירה עליו בריש גלי ולפיו היא מייעדת את המקרקעין עליהם מוקם הכפר להקמתו של יישוב יהודי חדש בשם "חירן", לא מצאנו בשום מקום קיומו של אינטרס כזה! מטרה זו הוצהר עליה מפורשות בסיכומיה המשיבה בכתב ולפיהם "אין כל פגם בתכנון יישוב האמור להיות מוקם על מקרקעי המדינה הרשומים על שמה, וכשם שמתוכננים יישובים שונים ליישובם של בדווים [...] כך מתוכננים יישובים עתידיים ליישובם של יהודים".

8. ואכן, המערערים אינם חולקים על זכותה של המדינה להקים על מקרקעין הרשומים על שמה יישובים חדשים. זוהי תכלית שאין בה כל פגם בפני עצמה. אלא מה, וכאן עיקרי הערעור, המערערים כן חולקים על חוקיות מהלך פיניוים והפסקת הרשות שניתנה להם במקרקעין מלפני יותר מ-50 שנים במטרה להקים עליהם יישוב חדש המיועד לאזרחיה היהודים של

המדינה. תכלית זו לא רק שאינה בבחינת אינטרס ציבורי המצדיק פינוי כפר שלם מתושביו, אלא היא פסולה בפני עצמה שכן היא חושפת מידת האפליה העמוקה בהקשר התכנוני.

9. בנסיבות המתוארות, פינוי המערערים ומשפחות אחרות מבני שבט אלקיעאן מהכפר תהווה פגיעה אנושה בזכויותיהם החוקתיות. בראשונה, זוהי פגיעה בזכותם החוקתית לשוויון, לכבוד ולקניין. פגיעות חוקתיות אלו אינן עומדות במבחני פיסקת ההגבלה.

10. המערערים יטענו כי בנסיבות העניין עקירת המערערים מהכפר אינה לתכלית ראויה. הקמתו של יישוב יהודי על אדמות הכפר לעולם אינה יכולה להיות תכלית המצדיקה את הפינוי שכן היא נגועה באפליה פסולה. זאת ועוד, המערערים סבורים כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות הנ"ל עולה על הנדרש. באם המטרה הסופית של המשיבה היא הכשרת השטח עליו מוקם הכפר ופיתוחו למגורים, כיצד פינוי המערערים ואחרים מבני השבט מקדם מטרה זו? המערערים סבורים כי אין קשר רציונאלי בין האמצעי לבין המטרה כמתחייב מעקרונ המידתיות. בהקשר הזה, המערערים תוהים מדוע לא ניתן לפתח את האזור למגורים ללא פינויים? ומדוע לא ניתן לפתחו בצורה שתתחשב בישיבתם של המערערים ובני הכפר במקרקעין?

11. למעלה מהאמור, ומתחייב מבדיקת המידתיות, המערערים יטענו כי אף אם מניחים כי פינויים הינו לתכלית ראויה וכי נבחנו האופציות האחרות, אין זה מן ראוי שמדינה דמוקרטית תנקוט בצעד דרסטי כל כך ולפנות כפר שלם מאדמותיו. הנזק לערכים הדמוקרטיים במקרה זה עולה על האינטרסים שהמשיבה מבקשת לקדם. מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, לא כדאי לפנות אזרחים ממקום מושבם בשם תכנון חדש ומודרני אשר האינטרס הציבורי שבו אינו ברור מאליו ואיננו כה מובהק. פינוי של כפר שלם, מחיקתו מהנוף, עקירת תושביו היושבים בו מעל חמישים שנה נחשב לצעד לא ראוי. דברים הללו נכונים במיוחד לאור העובדה כי מדובר בכפר הממוקם על מקרקעין של המדינה ולא של אדם פרטי. בנסיבות אלה, ישיבתם של המערערים בכפר אינה פוגעת בזכויות או באינטרסים של מאן דהוא.

ב. פסק הדין של בית המשפט קמא:

12. בית המשפט דחה את טיעוניהם המקדמיים של המערערים להתיישנות התביעה ולשיהוי בהגשתה. בית המשפט פסק כי המערערים לא החזיקו במקרקעין חזקה נוגדת שכן ישיבתם במקרקעין הייתה על דעת המשיבה ובהסכמתה ועל כן לא נרכשו זכויות מכוח התיישנות.

13. באשר לשיהוי, נקבע כי מרוץ השיהוי מתחיל מרגע ההודעה על ביטולה של הרשות. כל עוד לא ניתנה הודעת ביטול, אין מקום לקבל טענת השיהוי. בית המשפט ציין גם כי אי אפשר ללמוד מאי הגשת התביעה בעבר כאל וויתור על זכויותיה במקרקעין.

14. מלבד טענת ההתיישנות והשיהוי, בית המשפט קמא לא הכריע ביתר טענות הסף האחרות שהמערערים העלו בסיכומיהם: הגנה מן הצדק, העדר תשתית עובדתית ושיקולים בלתי עניינים, וחובת תום לב והגינות בשימוש בהליכים משפטיים.

15. בהתאם לפסק הדין, בין הצדדים לא נסבה מחלוקת סביב שאלת הבעלות על המקרקעין. מכך, בית המשפט קמא הסיק כי הנטל להוכיח כי יש להם זכות במקרקעין המצדיק אי היענות לתביעת הפינוי רובץ על המערערים. נטל זה, לדידו של בית המשפט, המערערים כשלו להרים.

16. בפסק דינו, בית המשפט קמא קבע מעמדם של המערערים במקרקעין כאל ברי רשות. ישיבתם במקרקעין למשך שנים רבות, בידיעתה של המשיבה ובהסכמתה, העניקה להם מעמד זה. יחד עם זאת, נקבע כי רשות זו הינה רשות חינם.

17. בית המשפט דחה את טענתם של המערערים כי התמורה שניתנה עבור המקרקעין הייתה עצם הסכמתם לעבור מאזור וואדי זובאלה אל הכפר בו הם מתגוררים היום. משלא הוכיחו המערערים את זכויותיהם במקרקעין באזור וואדי זובאלה, אין לומר כי מעברם היווה התמורה עבור המקרקעין עליהם הקימו הכפר, כך נפסק.

18. בהקשר זה, בית המשפט הוסיף וציין כי המערערים לא הוכיחו כי הרשות שקיבלו הינה בלתי הדירה. השקעתם במקרקעין כולל המבנים שהמערערים הקימו עליה נעשתה שלא כדין. על כן, אי אפשר להתייחס אליהם כאל השקעה במקרקעין כזו שבכוחה להפוך את הרשות לבלתי הדירה.

19. עוד, בית המשפט דחה טענתם של המערערים כי הם קיבלו הבטחה מנהלית לקבלת זכויות במקרקעין כנגד הסכמתם לעבור מאזור וואדי זובאלה אל המקרקעין. נקבע כי אף אחד מיסודותיה של דוקטרינת ההבטחה מנהלית לא התקיימה במקרה עסקינן.

20. התשלומים השונים שהמערערים ואחרים קיבלו מהמדינה, תשלומים כגון פיצויים בגין נזקי מלחמה ושיטפון אינם מלמדים על הכרה בזכויות חזקה או בעלות של המערערים במקרקעין מעבר לזכות של ברי רשות.

21. עוד נקבע כי טענות אחרות במישור החוקתי כגון טענות אפליה אין בכוחם לבסס זכויות במקרקעין או הגנה מפני תביעת פינוי כשהתביעה מבוססת על בעלות במקרקעין. טענות חוקתיות כוחם יפה בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי ובפני הערכאה המתאימה.

22. להזכיר, בית המשפט קמא דחה את בקשתם של המערערים להתיר להם להגיש ראיות נוספות שלגבם הוגשה בקשה נפרדת. בהקשרם של ראיות הללו נקבע כי אין רלבנטיות בין המסמכים שהמערערים ביקשו להוסיף לדיון בתביעות.

23. בהתאם, קיבל בית המשפט את התביעה וחייב את המערערים, יחד ולחוד, לשאת בשכר טרחת עורך דין בסך של 10,000 ₪ בתוספת מע"מ וכן הוצאות משפט.

ג. עיקרי הערעור:

24. בית המשפט קמא נקלע לכלל טעות יסודית עת שהתייחס לתביעות עסקינות כאילו היה מדובר בתביעות פינוי רגילות המוגשות על ידי תובעים אינדיבידואליים כנגד פולשים או משיגי גבול במקרקעין הנמצאים בבעלותם ולא בפינויים של כ- 1000 תושבים מכפרים!

25. בית המשפט קמא התעלם באופן מוחלט מנסיבותיו המיוחדות של המקרה, והוא לא העניק משקל ראוי להתפתחות ההיסטורית שקדמה למעברם של המערערים ואחרים לכפר, לישיבתם הממושכת של המערערים בכפר, להסתמכותם ולצפיותיהם הלגיטימיות של המערערים להמשיך ולהתגורר במקרקעין, להתנהגותה של המשיבה לאורך זמן, למטרה בבסיס דרישת הפינוי ולפגיעות החמורות בזכויותיהם החוקתיות של המערערים באם הפינוי מתבצע.

26. המתווה הכללי של פסק הדין ולפיו הזכויות החוקתיות של המערער אין בכוחן לספק הגנה למערערים מפני תביעת הפינוי הינו מוטעה מיסודו. המערערים סבורים כי האקט של פינוי, ככל אקט מינהלי אחר, כפוף לנורמות של המשפט החוקתי. על כן, שומה על בית המשפט קמא היה לבדוק את חוקתיות הפגיעה בזכויותיהם של המערערים בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.

זאת ועוד,

27. שגה בית המשפט קמא שלא דחה את התביעה משהוכח שמעמדם של המערערים במקרקעין כברי רשות ולא פולשים או משיגי גבול.

28. שגה בית המשפט קמא עת שקבע כי הנטל להוכיח שאי אפשר לפנות המערערים מהמקרקעין מוטל עליהם ולא על המשיבה.

29. שגה בית המשפט קמא כשלא חייב את המשיבה להראות ולהוכיח קיומו של אינטרס ציבורי חשוב המצדיק הפסקת הרשות ופינויים של המערערים ורבים אחרים מתושבי הכפר.

30. שגה בית המשפט קמא משלא פסק כי תביעת הפינוי בנסיבות המקרה עסקינות פוגעת בזכויותיהם החוקתיות של המערערים לשוויון, קניין וכבוד בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה, וכי פגיעות הללו מקימות להם הגנה מפני תביעת הפינוי.

31. שגה בית המשפט קמא שהעדיף את האינטרס בהקמתו של ישוב יהודי חדש על אדמות הכפר על פני זכויותיהם החוקיות והאינטרסים של המערערים ואחרים מבני שבט אלקיעאן במקרקעין, שקבע כי טענות במישור החוקתי והמנהלי אינן יכולות לבסס למערערים הגנה מפני תביעת פינוי.

32. שגה בית המשפט קמא עת שלא העניק משקל להתנהגות המשיבה לאורך שנים רבות כולל מתן סיוע כספי לשיקום בתים שנפגעו כתוצאה משיטפונות כזו שיצרה הסתמכות חזקה אצל המערערים להשקיע ולהישאר במקרקעין.

33. שגה בית המשפט קמא שדחה טענת השיהוי בהגשת התביעה. בית המשפט קמא התעלם מהשפעת השיהוי בהגשת התביעה על הזכויות של המערערים, ועל הגברת אינטרס הסתמכות להישאר בכפר. השיהוי הרב בהגשת התביעה יוצר מניעות אצל המשיבה לבוא היום ולבקש פינוי.

34. שגה בית המשפט קמא שסיווג את הרשות שניתנה למערערים כרשות חנינם, ודחה את הטענה שהתמורה שניתנה עבור המקרקעין הייתה בעצם הסכמתם של המערערים לעבור מאזור ואדי זובאלה אל המקרקעין עליהם מוקם הכפר.

35. שגה בית המשפט קמא שקבע כי לא ניתנה למערערים הבטחה מנהלית לפיה הם יקבלו זכויות במקרקעין עבור הסכמתם לעבור מאזור ואדי זובאלה אל המקרקעין.

36. שגה בית המשפט קמא שקבע כי הרשות שניתנה הינה הדירה, וכי השקעתם של המערערים במקרקעין אינה הופכת את הרשות לבלתי הדירה. בנסיבות העניין, ולאור העובדה כי מדובר בכפר בלתי מוכר, חוקיות הבניה אינה רלבנטית בהקשר זה.

37. שגה בית המשפט קמא שלא העניק למערערים בנסיבות מקרה זה הגנה מן הצדק כנגד תביעת הפינוי.

38. שגה בית המשפט קמא שלא הכריע בכלל הסוגיות והטענות שהמערערים טענו כולל חלק מטענות הסף.

39. שגה בית המשפט קמא שלא קיבל את בקשת המערערים להגשת ראיות נוספות.

ד. עובדות בקליפת אגוז:

40. ענייננו בתביעות פינוי כנגד המערערים, שתיים מתוך שורת תביעות דומות שהוגשו כנגד משפחות אחרות המתגוררות בכפר.

41. הכפר 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.

42. במקור ועד לשנת 1948 בני שבט אבו אלקיעאן התגוררו באזור ואדי זובאלה. 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 חירבת אלהווייל. לאחר מכן התבקשו בני השבט שוב על ידי הממונים בממשל הצבאי לעבור לאזור גיגילי (כיום קיבוץ להב), כוחלה ואבו כף.

43. בשנת 1956, משביקשו בני השבט לחזור לאזור חירבת אלהווייל אסר עליהם הצבא לעשות כן. הממשל הצבאי ביקש אז מבני השבט אבו אלקיעאן לעבור באופן סופי וקבוע למקרקעין עליהם נמצא הכפר. בתוך אותו אזור הותר לבני השבט לגור, לרעות ולעבד כ- 7,000 דונם אשר הוחזרו לשייח' השבט פרהוד אבו אלקיעאן.

44. העובדות הנ"ל הוכחו בפני בית המשפט קמא באמצעות ראיות ועדים מטעם המערערים שלא נסתרו על ידי המשיבה. בהקשר זה נציין את המסמך הפנימי 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 בני שבט אבו אלקיעאן הסכימו "להעתיק את מקומות מגוריהם לסביבות עתיר" וכי הם "קיבלו בחכירה קרקע מאדמות המדינה בהתאם לנוהל של משרד החקלאות, והינם מעבדים אותם". (ההדגשה אינה במקור)

רצ"ב המסמך שהוגש באמצעות תעודת עובד ציבור מסומן ב'.

45. בני שבט אבו אלקיעאן התיישבו באזור יער יתיר לפי ראשי המשפחות, ובכך הקימו את שני המתחמים עתיר ואום אלחיראן. מאז הקמתו של הכפר לפני יותר מ-50 שנה, השתקעו בני השבט במקום, בנו את בתיהם ופיתחו את הכפר אשר עבורם מהווה ביתם היחיד. בין היתר הוכשרו שבילים ודרכי עפר, הוגדרו אזורים לבנייה, נחפרו בארות לאיסוף מי גשמים, נבנו מאגרים לאיסוף מים לשימושים חקלאיים וכד'. המערערים נולדו וחיו כל חייהם בכפר.

46. ישיבתם של המערערים ובני השבט האחרים בכפר הייתה עובדה ידועה היטב למשיבה. למשך עשרות רבות של שנים, המשיבה נמנעה מלערער על הימצאותם של המערערים ואחרים מתושבי 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.

47. יתרה, המערערים יבקשו לציין כי מעבר לידיעתה ולהסכמתה, המשיבה אף תמכה בצורה פוזיטיבית בישיבתם של המערערים ובני השבט האחרים בכפר. באוקטובר 1997 התחוללה סערה באזור נחל יתיר, אשר הביאה אתה גשמים עזים שגרמו לסחף ולשיטפונות באזור ובכפר. ימים ספורים לאחר האסון ביקרו בכפר נציגי ממשלה, וביניהם השר לתשתיות לאומיות אז, מר אריאל שרון, יחד עם נציגים מטעם המינהלה לקידום הבדווים בנגב. בעקבות הביקור והעמידה על הנזקים העצומים אשר נגרמו לתושבי הכפר, הוחלט כי הממשלה תסייע בשיקום הכפר ותפצה את תושביו.

48. באשר למצב התכנוני באזור הכפר, הצדדים תמימים דעים לגבי אישורה של תוכנית המתאר המחוזית תמ"מ 4/14 על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה באפריל 2002. על פי תוכנית המתאר המחוזית, האזור שבו מצוי הכפר מיועד להקמת יישוב בשם "חירן". בוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז דרום, התקבלה החלטה בדבר הפקדתה של תוכנית מס' 241/02/11 ליישוב "חירן" ואשר חלק ניכר מבתי הכפר נמצאים בתוך הקו הכחול של אותה תוכנית. דהיינו, בשטח היישוב המתוכנן. חלק מהבתים אף נמצאים בשטחים שמיועדים כמגרשי בנייה בתוכנית המוצעת.

פירוט הטיעונים:

ה. אי הוכחת עילת התביעה:

49. טענתה הבלעדית של המשיבה לפינוי המערערים היא היותם פולשים ומשיגי גבול במקרקעין אשר רשומים על שמה. טענות הללו הועלו מפורשות בכתב התביעה (סעיף 3 לכתב התביעה), והמשיבה חזרה עליהם בסיכומים מטעמה (סעיף 2 לסיכומי המשיבה). בסעיף 5 לכתב התביעה המשיבה הבהירה בצורה שלא משתמעת לשתי פנים כי "לנתבעים לא ניתנה רשות בין בתמורה ובין שלא בתמורה לעשות שימוש במקרקעין...". יוצא, אפוא, כי מעשה הפלישה והשגת הגבול הנתענים הינם העילות הבלעדיות בבסיס התביעות.

50. מעבר לטענת הפלישה והשגת הגבול, המשיבה לא סיפקה שום הצדקה לפינויים של המערערים מהמקרקעין. היא נכשלה להצביע בשום שלב משלבי הדיון על קיומו של אינטרס ציבורי המצדיק את פינויים של המערערים ורבים אחרים מבני השבט מהמקרקעין והריסת הכפר באופן כליל.

51. בנסיבות הללו, ומשבית המשפט קמא קבע כי מעמדם של המערערים במקרקעין הוא כברי רשות, ודחה את תיאורם של המערערים כאל פולשים או משיגי גבול, נמצא כי גשמת הבסיס מתחת לתביעה. בהתאם לכך, ובשל אי הוכחת עילת התביעה היחידה, דחיית התביעה בנסיבות הללו היה הדבר המתבקש ביותר. כאן בית המשפט קמא נקלע לכלל טעות יסודית.

52. על המשיבה, ולא המועררים, היה מוטל להוכיח מדוע אין, לפנותם מהמקרקעין. משנקבע מעמדם של המועררים כברי רשות במקרקעין ולא משיגי גבול כפי שהמשיבה טענה, הנטל להוכיח מדוע יש להפסיק את הרשות שהמועררים ורבים אחרים נהנו ממנה ופעלו בהסתמך עליה למשך עשרות שנים עובר אל המשיבה.

53. המקרה עסקין מזכיר, בשינויים המחויבים, שתי דוגמאות שיפוטיות לאבחנה. אחת הנוגעת לפינוי כפרים בשנות החמישים כגון סוגיית שני הכפרים מהצפון, איקרת ובירעם וכן סוגיית פינוי ההתנחלויות מרצועת עזה.

54. פינוי איקרת ובירעם נעשה לפי טענת המדינה, מטעמים ביטחוניים מובהקים ולפי צווים צבאיים שהוצאו בתחילת שנות החמישים. עם זאת, בית המשפט העליון המליץ לרשויות יותר מפעם למצוא הסדר המחזיר את התושבים האלה לכפריהם (ראה בג"צ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל פ"ד נד(4) 803, 816 (2003)).

55. באשר לפרשת ההתנתקות, בית המשפט העליון אישר פינוי המתנחלים מהשטחים הכבושים באזור רצועת עזה (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005)). בהעניקו סעד זה של פינוי, בית המשפט הסתמך על חקיקה ראשית, ולא על החלטה מנהלית כמו במקרה עסקין, וחשוב יותר בפסק הדין נקבע כי בבסיס הפינוי היה קיים אינטרס מדיני ביטחוני מובהק המצדיק את פעולת הפינוי.

56. בחזרה לענייננו, המשיבה נכשלה להביא אף טעם לקיום אינטרס ציבורי להפסיק את הרשות ולפנות את המועררים ורבים אחרים מתושבי הכפר, בניגוד מוחלט לפסיקה הנייל. אינטרס כזה ככל שהוא קשור בהקמתו של יישוב יהודי על אדמות הכפר אינו לגיטימי משום שהוא פוגע אנושות בזכויות חוקתיות של המועררים שלא לתכלית ראויה.

1. מעמד המועררים במקרקעין:

57. המועררים מקבלים את קביעת בית המשפט קמא שהם ברי רשות במקרקעין. יחד עם זאת, הם יבקשו לטעון כי מדובר ברשות בתמורה ולא רשות חינם כפי שנקבע.

58. במעברם הלא רצוני מאדמותיהם בהתאם לבקשת המשיבה, בני השבט איבדו את אדמותיהם בוואדי זובאלה ואת זכות השימוש באדמות אלה. איבוד זכויות השימוש במקרקעין באזור ואדי זובאלה היא, למעשה, התמורה אשר שילמו וממשיכים לשלם בני השבט בגין מעברם לאזור יתיר.

59. בית המשפט קמא נקלע לכלל טעות עת שקבע כי אין לקבל את טענת המועררים הנייל ולפיה התמורה שניתנה עבור המקרקעין כרוכה בעצם הסכמתם לעבור מאזור ואדי זובאלה אל

המקרקעין עליהם מוקם הכפר היום משום שהמערערים לא הוכיחו זכויותיהם במקרקעין באזור וואדי זובאלה בהם התגוררו עד לשנת 1948.

60. במקרה דומה לזה עסקינו, בית המשפט העליון הכיר בסיפור פינויים של הבדווים מאדמותיהם על ידי הממשל הצבאי כפי שנקבע בפסק הדין בעניין אלקלאב (ע"א 496/89 אלקלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343, 345 (1991)).

61. בית המשפט העליון אף קבע בהקשר הזה, כי עצם ההעברה על ידי הממשל הצבאי ומניעת גישת השבטים לאדמותיהם מהן הם פונו נחשבת כמתן הרשאה לשימוש בקרקעות אליהן הם הועברו ובתמורה, כך נקבע בעניין אלקלאב הנ"ל כלהלן:

"שופט בית-משפט השלום המלומד קבע, על סמך העדויות שהיו לפניו, כי:

"הרשות שנתנה לתובעים להשתמש במקרקעין הכוללים את אדמת המריבה, נתנה להם חלק מקרקעיהם הקודמים שמהם נותקו על ידי הממשל הצבאי, רשות זו נתנה להם מתוך התחושה של מחוייבות מוסרית אך גם כדי לשכך את מחאתם הצפויה ולמנוע מהם צעדי מחאה" ... מכיוון שקבעתי, שלא היה מקום להתערב במימצאים העובדתיים שקבע שופט השלום, לא נותר לי אלא לקבוע, כי למערערים ניתן רישיון בתמורה לשימוש במקרקעין, ולא ניתן לבטלו ללא תמורה". (ע"א 496/89 אלקלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 351, 343 (1991)).

62. נושא זכויותיהם של המערערים על המקרקעין בהם החזיקו עבור לשנת 1948 אינו רלבנטי לדיון שהיה בפני בית המשפט קמא ועל כן הוא אינו מעלה ואינו מורדי בקשר לשאלת סיווג הרשות!

63. בית המשפט קמא לא היה אמור להתנות קבלת טענת המערערים בדבר קיום תמורה עבור הרשות בהוכחת זכויותיהם של המערערים באדמות שהחזיקו לפני 1948 באזור וואדי זובאלה. בית המשפט קמא היה צריך להסתפק בעבודה כי עובר לקום המדינה, וכפי שזה הוכח מהמסך של מר לובראני הנ"ל, המערערים ואחרים מבני השבט החזיקו באדמות באזור וואדי זובאלה והשתמשו בהם למגורים ולמחייתם. הדיון בפני בית המשפט קמא לא היה הפורום הראוי לדיון בשאלת זכויותיהם של המערערים במקרקעין עליהם התגוררו עד לשנת 1948.

64. הדברים הנ"ל נכונים שפעתיים בהתחשב בעבודה כי עם ההכרזה על תחילת הליכי הסדר קרקעות באזור שובל, הגישו בני השבט תזכירי תביעה לבעלותם על קרקעותיהם באזור שממנו התבקשו לצאת בשנת 1948. כיום חלק מהאדמות שנתבעות על ידי בני שבט אבו אלקיעאן מוקצות לקיבוץ זה. כמו לגבי תביעות בעלות רבות אחרות, הליך הבירור טרם הסתיים.

65. מהאמור לעיל מתבקשת המסקנה כי למעוררים ניתנה רשות בתמורה. יתרה מכך, רשות זה הינה בלתי הדירה בהתחשב בהשקעתם ארוכת השנים של המעוררים במקרקעין.

66. לאחר המעבר לאזור יתיר, המעוררים ובני השבט האחרים הכשירו את שטח הכפר למגורי בני אדם, הכשירו שבילים ואזורי בנייה, בנו את בתיהם וחפרו בארות ומאגרים לאיסוף מי גשמים. מאוחר יותר השקיעו בני השבט בתשתיות מים בכפר והפעילו גנראטורים לחיבור בתיהם לחשמל. במילים אחרות, בני השבט השקיעו את כל אשר היה ברשותם ואת כל כוחותיהם בכדי להפוך את האזור שהיה ריק לכפר חי ומתפתח, כפי שהיה להם באזור ממנו הם הועברו על ידי הממשל הצבאי כאמור. השקעה זו בפני עצמה יש לראות בה את התמורה שניתנה עבור הרשות.

67. קביעתו של בית המשפט קמא כי המבנים שהמעוררים הקימו על המקרקעין נעשתה שלא כדין ועל כן אינה יכול להיחשב להשקעה במקרקעין כזו שהופכת את הרשות לבלתי הדירה הינה מוטעית בעליל.

68. בעיקר, השקעתם במקרקעין נעשתה על סמך המצג שהמשיבה יצרה אצל המעוררים, למשך עשרות שנים במהלכם הייתה אדישה והתעלמה מהשקעתם של המעוררים ואחרים במקרקעין, ולפעמים אף תמכת בהשקעה עצמה. מצג זה יוצר מניעות לפיה אי אפשר לבוא היום ולקבוע כי השקעתם של המעוררים אינה חוקית במובן הזה שאין בכוחה להפוך הרשות לבלתי הדירה. בהקשר זה, נביא את התייחסות ועדת גולדברג לעניין אי אכיפת החוק באשר לבניה בלתי חוקית בנגב ולפיהם:

"... אכן, הפער בין החוק הכתוב לבין מידת הגשמות במציאות הוא תופעה רבת פנים ומורכבת. אולם בענייננו אין מדובר בפער, כי אם בתהום. ניתן לומר, כי מדיניות אי האכיפה התגבשה כדי דפוס קבוע משך כל השנים. "זהו מצב שבו נוכח הפרות גלויות, חוזרות ונשנות של החוק על ידי הציבור, הרשות המבצעת נוקטת מדיניות ברורה ומוגדרת של אי-אכיפה, אשר הופכת לדרך התנהגות במקובלת עליה ומתגבשת לכדי מנהג. בקרב הציבור נוצרת בהדרגה ציפייה שגם בעתיד תמשיך הרשות לנהוג בדרך זו, וכך יחסי הגומלין בין הפרט לרשות מתבססים על דפוס התנהגות זה ולא על הקבוע בחוק." (פסקה 135 לדוח ועדת גולדברג). (ההדגשות אינן במקור).

69. זאת ועוד, העובדה כי המעוררים גרים בכפר המוגדר כבלתי מוכר לא משאירה בפניהם שום אפשרות באשר להכשרת הבניה הקיימת ובאשר לקבלת היתרים לבניה חדשה.

ז. שיקולי צדק:

70. פסק דינו של בית המשפט קמא התעלם כליל מקיומם של שיקולי צדק התומכים באי ביטול הרשות ואי פינויים מהמקרקעין. יתרה, מילת "צדק" בולטת בהעדרה מפסק הדין כולו! המעוררים תוהים, הכיצד בית המשפט יכול להורות על פינוי כפר שלם על 1000 תושביו

החיים שם יותר מ- 50 שנים מבלי להתייחס לקיומם של שיקולי צדק מובהקים כנגד הפיננציוניזם? עניין זה אינו מתקבל על הדעת, ובית המשפט הנכבד מתבקש לומר את דבריו בהקשר זה.

71. הלכה פסוקה כי שיקולי צדק עשויים לשמש בית המשפט בבואו להחליט על ביטול הרשות. בעניין בצר סירב בית המשפט העליון לבטל רישיון אשר ניתן למערערים שהשקיעו ובנו במקרקעין את ביתם:

"סבורני, כי במקרה שלפנינו מטה הצדק את הכף לעבר אי מתן האפשרות לבטל את הרישיון. כפי שראינו לעיל, התכוונו הצדדים בעת מתן הרישיון להעניק למערער ולבת את הזכות לצמיתות, כשברור היה לכול, כי הבניין המוקם יהיה למעשה, גם אם לא על פי שורת הדין, רכושם של המערער והבת, [...] כן יש להביא בחשבון את ההיקף הגדול של ההשקעות שעשו המערער והבת בקרקע [...] ואת העובדה כי השקעות אלה נעשו בהסתמך על מתן הרישיון לצמיתות, בידיעת הנותן ובעידודו ומתוך הבנה כי יהפכו בעתיד, גם באופן פורמאלי, לרכושם הבלעדי של מקבלי הרישיון. [...] שיקול נוסף הוא משך הזמן הארוך בו מתגוררים המערער והבת בנכס. ולבסוף, אין מדובר כאן ב"רישיון חנם" במובנו המקובל של הביטוי, שכן כעולה מחומר הראיות, נתנו ההורים את הרישיון גם על מנת ש"הבת ובעלה יעזרו לנו בניהול המשק", ועזרה זו אכן ניתנה במשך השנים, במידה לזו או אחרת. (ע"א 2836/90 בצר נ' צילביץ, פ"ד מו(5) 184, 198 (1992)).

72. בחקשר זה נקבע בעניין כנען כי:

"כאשר מתעוררת בפני בית המשפט טענה בדבר ביטול רישיון במקרקעין, ומתבקש סילוק ידו של בעל הרישיון מהמקרקעין עקב כך, על בית המשפט לבחון, על-פי נסיבות המקרה, אם יהיה זה מן הצדק לאפשר לבעל המקרקעין לבטל את הרישיון ואם יש מקום להתנות את הביטול בתנאים. לעניין זה יתחשב בית המשפט, בין היתר, בכוונת הצדדים לרישיון, בתנאי הרישיון, בצפייה שיצר בעל המקרקעין אצל בעל הרישיון, במידת הסתמכותו של זה האחרון על הרישיון שניתן ובנוק שנגרם לו עקב כך". (רע"א 2701/95 כנעאן נ' גזאוי, פ"ד נג(3) 170, 151 (1999)).

73. המערערים יטענו כי אין זה מן הצדק לפנותם מהמקרקעין בה הם מתגוררים למעלה מ- 50 שנים. אף בהנחה שהרשות שהוענקה למערערים הייתה רשות הדירה, המזכה את המשיבה לבטלה בכל עת, עדיין קיימים, בנסיבות העניין, שיקולי צדק כבדי משקל המונעים מהמשיבה לבטל את הרשות באופן חד צדדי, ואשר מכוחם יש לומר כי הרשות אינה הדירה.

74. המערערים חוזרים ומדגישים, שהם בנו מרקם חיים שלם בשטח, ועל אף העובדה שהמדינה אינה מכירה בהתיישבותם כהתיישבות חוקית, הרי הם מתייחסים לשטח כאל כפרס- בנו בו מבנים של קבע והשקיעו רבות בטיפול ופיתוח המקום הכל בידיעתה של המשיבה והסכמתה. ההבחנה בין נזק שולי לנזק אדיר ממדים שעלול להיגרם לאנשים בגין סילוק יד, נקבעה על ידי בית המשפט בעניין רכטר:

"בענין ביטולה של רשות, יש להבחין בין רשות שענינה עשיית פעולות שטבען להיות נישנות כגון, לטייל בגן, להשתמש במעבר, לטבול בבריכה וכדומה, שביטולן אינו גורר אחריו הרעת המצב שבר-הרשות היה נתון בו לפני מתן הרשות, ובין רשות שענינה הקמת מבנים של קבע, וכיוצא בהם, הכרוכים בהוצאות מרובות על-ידי האדם המשתמש ברשות, כך שאם אחרי הקמת המבנים, נתון הרשות חוזר בו ממנה, נמצא הראשון לוקה בנזק כבד". (ע"א 346/62 רכטר נ' מנהל מס עיזבון, ירושלים, פ"ד יז 701, 708). (ההדגשות אינן במקור).

75. מקרים כאלה, בהם סילוק יד ופינוי אנשים כדוגמת המערערים מבתיהם תגרום לפגיעה חמורה ונזק נפשי וכלכלי אדירים למפונים. ועל כן עומד למבקשים מוסד ה"השתק הקנייני"- אין לה למדינה בנסיבות העניין לתבוע לפינוי המערערים, כאשר פעולה זאת תחריב את עולמם של אלה ומשפחותיהם, תוצאה כזאת היא בלתי צודקת בעליל ועל כן מן הדין ומן הצדק לדחות בקשת הפינוי. (ראה לעניין מאמרה של נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24, 25-26 (1995)).

76. המערערים יטענו, כי יש להבחין בין נסיבות המקרה דין ממקרים בהם הרשות היא בקניין הפרט ולא בקניין ציבורי. עניין לנו בנסיבות היסטוריות אשר התחוללו בניצוחן של הרשויות ובניצוחן של אלה בלבד. למערערים לא הייתה כל שליטה על היסטוריית המעבר שלהם מאדמותיהם לכפרם הקיים, למערערים לא הייתה ברירה אלא לבצע את הוראות הממשל הצבאי, זיהינו, מדינת ישראל, ולעזוב את אדמתם, להימנע מלחזור אליה ולהימנע משימוש בה. למערערים לא הייתה כל ברירה אלא להשקיע את כל אשר היה ברשותם ובנפשם לפתח את חייהם החברתיים כשבת, המשפחתיים, הכלכליים והתנאים הפיזיים בניסיון לשחזר את חייהם המסורתיים אחרי תהפוכות רבות אשר נגרמו אחרי עזיבתם את אדמתם.

77. לסיכום נקודה זו נביא את דבריה של כבוד השופטת דורנר ולפיהם נקבע:

"מוסד הרישיון מבוסס על תורת השתק (Estoppel) שפותחה בדיני הישר האנגליים. השתק נועד למנוע תוצאות בלתי-צודקות, המתחייבות לכאורה מן הדין ... השתק כמו זה שבענייננו מונע מבעל-זכות במקרקעין לחזור בו מן ההרשאה שנתן לאחר לשימוש במקרקעין, אם המורשה הסתמך על ההרשאה בתום-לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה, על-ידי השקעות שהשקיע במקרקעין מתוך ציפייה שיצרה אצלו ההרשאה להמשך קיומה של הרשות להשתמש בהם, כל עוד הוא רוצה בכך. עם זאת, לנוכח שיקולי הצדק שביסוד ההשתק,

הפעלת הכלל היא גמישה ולבית-המשפט ניתן שיקול-דעת בקביעת הסעדים – אם רשות שימוש במקרקעין ללא הגבלה ואם פיצויים - על-פי נסיבות המקרה הקונקרטי.... מוסד הרשיון במקרקעין, המבוסס כאמור על ההשתק, נקלט במשפט הישראלי מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו. כיום ניתן לעגן את ההשתק בתורת תום הלב שנקבעה בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973...." (כבי' השופטת ד' דורנר ע"א 7139/99 יובל אלוני נ' אליעזר ארד ואח', פ"ד נח(4) 27, 34-35 (2004)).

ח. פגיעה בזכויות חוקתיות:

מהות הפגיעה:

78. פסק הדין של בית המשפט קמא התעלם במפגין מזכויותיהם החוקתיות של המערערים ומהפגיעות העלולות להיגרם לזכויותיהם הללו כתוצאה מביצוע הפינוי. ההתייחסות היחידה בפסק הדין לזכויותיהם החוקתיות של המערערים בלטה על רקע קביעתו, התמוהה בלשון המעטה, של בית המשפט קמא כי טענות במישור החוקתי אינן יכולות להוות הגנה מפני תביעות הפינוי. פסק הדין התעלם מהעובדה כי המדינה הינה צד ישיר לתביעות הפינוי וכי בשל כך פעולותיה היו אמורות להבחן באספקלריה החוקתית והמנהלית.

79. מעברם הכפוי של המערערים למקרקעין כפי שתואר לעיל, וחלוף יותר מ- 50 שנים של מגורים בכפר בתנאים קשים מצדיקים התייחסות מיוחדת והגנות יתר למערערים שבית המשפט קמא פשוט לא העניק. המערערים איטענו כי פינויים מהמקרקעין גורמת בהכרח לפגיעה קשה בזכויותיהם החוקתית: לשוויון, לקניין ולכבוד.

80. פינוי המערערים מהמקרקעין כאשר המטרה היא ליישב במקומם אזרחים יהודים הינה פעולה הנגועה באפליה פסולה ועל כן פוגעת בעקרון השוויון. בנסיבות העניין, המשיבה העדיפה את האנטרסים של האזרחים היהודיים העתידיים של היישוב "חירן" על פני האינטרסים של המערערים ויתר תושבי הכפר. העדפה זו פסולה היא שכן בבסיסה עומד נושא השתייכות הלאומית ולא אף שיקול ענייני אחר. אחרת, איך אפשר להסביר את רצונה המוצהר של המשיבה להקים על המקרקעין כפר חדש שיקלוט אזרחים יהודיים במקום לכלול את הכפר שקיים מעל ל- 50 שנים במסגרת התכנונית של האזור!! אי הכללת הכפר במסגרת התכנונית של האזור עת שניתן היה לעשות זאת הינה אפליה הנובעת משיקולים שאינם ענייניים, ועל כן פוגעת אף היא בעקרון השוויון.

81. שקלול ראוי של האינטרסים היה מוביל בהכרח להעדפת זכויותיהם של המערערים ואחרים תושבי הכפר על פני זכויותיהם של אזרחים שאף זהותם טרם נודעה! מעבר לצורך בתיקון העוול ההיסטורי שהתבטא בטלטלה שחוו המערערים בהעברתם ממקום לאחר בין השנים 1948-1956, כאזרחים שווי זכויות המשיבה אמורה הייתה להתחשב באינטרס הלגיטימים

שלהם. שקילה ראויה של האינטרסים בנסיבות המקרה, בהכרח הייתה מובילה להכללתו של הכפר במצב התכנוני של האזור ולא פינויו.

82. המסקנה היחידה המתבקשת היא כי המשיבה הפרה חובתה כרשות ציבורית לנהוג בשוויון בכל אזרחיה. חובה זו רחבת היקף היא ומשתרעת גם להקצאתם של משאבים העומדים לרשותה. חובתה של הרשות לנהוג בשוויוניות בכל תחומי פעילותה מקבלת משנה חשיבות ותוקף עת שמדובר באוכלוסייה הערבית במדינה (ראה בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 17.6.07), ראה גם בג"צ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 170, 160 (2000)).

83. זאת ועוד, מעמדם של המערערים במקרקעין כברי רשות נחשב לזכות קניינית במובן סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן ראוי להגנה.

84. המעבר לכפר בהוראת המשיבה מלפני יותר מ- 50 שנים, השקעה רבת השנים בו על ידי בניית בתים, פיתוח חייהם, וכן ציפייתם והסמכתם הלגיטימית להישאר במקרקעין באופן תמידי, כל אלה משכללות זכות קניינית חוקתית הראויה להגנה.

85. פינוי המערערים מהמקרקעין יפגע קשות גם בזכותם החוקתית של המערערים לכבוד המעוגנת אף היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנסיבות העניין, ובהתחשב בטלטלה ההיסטורית המערערים עברו, פינויים למקום "חדש" נוסף ישלול כל ערך לחיי המשפחה והתברה שלהם, ישלול כל ערך לאנושיותם, וכן יפגע באישיותם. ההחלטה לפנות את המערערים ויתר תושבי הכפר, בהעדרו של אינטרס וצידוק ציבורי מובהק, משאירה את המערערים עם תחושה כבדה שהיחס אליהם הוא כאל חפצים שניתן בנקל להעבירם ממקום למקום ללא לקיחה בחשבון את יחסם וקשריהם ההדוקים לאותו מקום, את ההשלכות החברתיות, המשפחתיות והכלכליות לנושא זה. בהקשר זה, יאים דבריו של בית המשפט העליון בעניין חוף עזה לפיהם נקבע:

"יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מטביבתו, 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"צ 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 המהליט. על טובתו שלו: טובתו היא רצונו ורצונו הוא טובתו. רצון מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, טובתו של אדם נחבאת בין קפלו של רצונו" (דניא 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"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 562-561 (2005)).

האם הפגיעות הנ"ל עומדות במבחני פיסקת ההגבלה?

תכלית ראויה?

86. העדר התייחסות לפגיעות בזכויות החוקתיות של המערערים כתוצאה מהפינוי והקביעה לפיה טענות במישור החוקתי והמנהלי אינן יכולות לשמש הגנה כנגד תביעות הפינוי משעות, הלכה למעשה, את תחולת הטיעונים החוקתיים והמנהליים באשר לאקט פינוי המערערים מהכפר.
87. השעיה כזו מוטעית וחסרת בסיס משפטי. ראשית, לא מדובר בסכסוך בין פרטים לבין עצמם. המשובה צד ישיר לסכסוך ועל כן אי אפשר להשעות תחולת המשפט המנהלי והחוקתי. פעולה המנהלית, ככל מעשה חקיקה כפופות לביקורת שיפוטית באספקלריה של המשפט החוקתי.
88. הלכה פסוקה היא שכל חקיקה ראשית או מעשה מנהלי חייב לשרת תכלית ראויה. ומנהי תכלית ראויה? על מהותה של התכלית הראויה נקבע בפס"ד חוף עזה כדלקמן:

"כן ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרת ציבורית 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"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005)).

89. עוד נקבע בהלכה הפסוקה כי תכלית מסוימת לא יכולה להיות ראויה באם היא לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם, מתעלמת מזכויות חוקתיות, ואם היא לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים. יוצא, אפוא, כי פינויים של המערערים מהכפר לאחר ישיבה ממושכת בו לאורך זמן בהסכמתה ובהרשאתה של המשילה ובהעדרו של אינטרס מובהק בבסיס הפינוי, בהכרח אינה לתכלית ראויה.

90. התכלית שהמשיבה מבקשת להשיג דרך פינויים של המערערים ואחרים מתושבי הכפר עומדת בניגוד מוחלט לטיפול הראוי שהמערערים ואחרים מתושבי הכפר צריכים וראויים לקבל. על טיפול ראוי זה אפשר ללמוד מדבריה של השופטת ארבל אשר צינה, כי סוגיית האוכלוסייה הבדווית והכפרים הבלתי מוכרים בנגב היא סוגיה המצריכה פתרון מערכתי כולל ומקיף:

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

פסק דין - פסק דין

?

91. חמור יותר, תביעות הפינוי שהוגשו כנגד תושבי הכפר והתכלית בבסיסם מנוגדת בעליל לרוח המלצות ועדת גולדברג להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב. על המתווה הכללי לאופן הטיפול בסוגיית הכפרים הבלתי מוכרים בנגב הועדה הציעה:

"הבדווים הינם תושבי המדינה ואזרחיה, וככאלה אין הם "שקופים" וחסרי מעמד וזכויות. יש להאזין לטענותיהם ולהתחשב בצורכיהם, ויש לשתפם בתהליכים לקביעת עתידם. אין להתעלם מנייודם הכפוי של חלק מהם לאזור הסייג לאחר הקמת המדינה, ולאחיותו רבת השנים של חלקם האחר בקרקעות שבאזור הסייג. לא ניתן לומר על השבטים שהיו ועל אלה שהועברו, כי הם פלשו לאזור הסייג, גם אם ברור כי הם הרחיבו במשך השנים את גבולם באזור שלא כדין מעבר לגבולות הקרקע המקוריים. בנסיבות אלה, נחוצה יוזמה תכליתית, מעבר לפן המשפטי, שתוביל לפתרון הוגן ובר-ביצוע של המאבק של הקרקע והמחלוקת על ההתיישבות, פתרון שיהיה בו לחדש את אמונם של הבדווים במדינה ובכוונותיה." (פסקה 71 לדוח ועדת גולדברג).

92. בהתייחס לצעדים הקונקרטיים לעניין ההתיישבות בכפרים הבלתי מוכרים, הועדה המליצה כי על המדינה להכיר בכפרים בלתי מוכרים כדרך היעילה ביותר לפתרון סוגיה זו למניעת הנזחת מצבם העגום והבלתי נסבל של כפרים הללו:

"הכרה בכפרים הבלתי מוכרים, בסייגם שפורטו, ומיסודם, היא שתמנע הנצחת המצב הבלתי נסבל בהם כיום על כל תוצאותיו השליליות. יש לשלב, ככל האפשר, יישובים אלה במערך היישובי הקיים, בהמשך למדיניות ההכרה שהביאה להרמת יישובי אבו בסמה." (פסקה 108 לדוח ועדת גולדברג).

93. ברוח זו, הועדה המליצה להכשיר את הבניה הבלתי חוקית בכפרים הבלתי מוכרים עד להכרה בהם:

"ההמלצה האמורה תחול גם על בנייה בלתי חוקית בכפרים הבלתי מוכרים, והמנגנון המוצע בדבר מתן היתר בדיעבד לגבי מבנים "אפורים" יופעל רק לאחר שייקבע "הקו הכחול" הסופי להתיישבות במעבר, ורק במידה שייקבע כי הכפר הבלתי מוכר יישאר במקומו." (פסקה 137 לדוח ועדת גולדברג).

94. זאת ועוד, פינוי המערערים ויתר התושבים מכפרם אינה לתכלית ראויה מאחר והיא פוגעת בזכויותיהם כילידים. פינוי זה מנוגד להצהרה בדבר זכויותיהם של מיעוטים ילידים אשר התקבלה בעצרת הכללית של האו"ם בספטמבר 2007 וכן להמלצות רבות של ועדות האו"ם השונות בקשר לאוכלוסייה הבדווית בנגב.

95. ההצהרה בדבר זכויותיהם של מיעוטים ילידים קובעת את זכותם של המיעוטים הילידים, כקבוצה וכפרטים, ליחס שוויוני מצד המדינה בה הם אזרחים, בדומה לשאר האזרחים החיים בה (סעיפים 1 ו-2 להצהרה). בתוך זה, ההצהרה מפנה למשפט הבינלאומי לזכויות האדם, לאמנת האו"ם, ולהצהרה האוניברסאלית לזכויות האדם. בנוסף, ההצהרה אוסרת על מדינות מפני פגיעה בייחודיות התרבותית של המיעוטים הילידים החיים בהן. לשם כך, קובע סעיף 8 בהצהרה כי אסור שהמדינה תפעל לנטילת זכויותיהם של מיעוטים ילידים בטריטוריות בהן הם חיים, דרך הפקעת אדמותיהם או פגיעה במקורות המחיייה שלהם. בנוסף לכך, ההצהרה אוסרת על העברה בכפייה של אוכלוסיות מיעוטים ילידים, ממקום בו הם חיים למקומות אחרים באופן שיחתור תחת זכויותיהם.

96. בהתאם, פינוי המערערים ואחרים מתושבי הכפר תגרום להפרה בוטה לזכויותיהם כילידים. התוכנית תביא לנישול בני השבט מזכויותיהם לקניין ולשימוש בכפרם, תביא להעברת בני השבט ממקום מושבם משך תקופה ארוכה ביותר, תכפה עליהם דפוסי חיים ומהלכים חברתיים אשר אינם רצויים ואינם מקובלים עליהם ותביא להתפוררות המבנה החברתי הקיים בקרב בני השבט.

מידתית

97. מבחן הקשר הרציונאלי: באם המטרה של פינוי המערערים ואחרים מהכפר היא פיתוח המקרקעין למגורים, נמצא כי אין שום קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה! בהקשר זה,

ולאור המלצות ועדת גולדברג הנ"ל, נשאלת השאלה מדוע לא ניתן לפתח את האזור למגורים ללא פינוי המערערים ויתר תושבי הכפר? מדוע לא לכלול הכפר הקיים מזה יותר מ- 50 שנים במצב התכנוני של האזור?

98. יתרה, בהנחה שהתכלית מאחורי הפינוי היא ריכוז האוכלוסייה הערבית בדווית בנגב, תכלית זו איננה יכולה להיות תכלית העומדת בפני עצמה. הרי 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 רציונלי בין פינוי הכפר עתיר/אום אלחיראן מתושביו לבין תכלית זו.

99. מבחן האמצעי שמידת פגיעתו פחותה: פינוי הנתבעים מכפרם הנו האמצעי אשר מידת פגיעתו בזכויות חוקתיות של המערערים הינה הקשה ביותר. חרף קיומן של חלופות כגון הכשרת הבנייה בכפר על פי המצב התכנוני הקיים בפועל בשטח, והכשרת הבנייה במסגרת תוכניות המתאר הקיימות באזור. חלופות אלה, ככל הנראה, לא נבחנו כלל וכלל על ידי המשיבה.

100. בחקירותיהם הנגדיות, עדי המשיבה ציינו כי המצב התכנוני הקיים באזור אינו רלוונטי לשיקוליהם וכי הם אף לא שקלו כלל אפשרות הכשרת המצב הקיים בכפר במסגרת תוכניות המתאר של האזור. כך העיד עד התביעה מר אילן ישורון, כי:

"אני מעודכן באופן כללי לגבי תכניות המתאר. אני לא מלווה את התוכניות האלה אבל כמה ששמעתי ישנו יישוב באזור יתיר שנקרא חירן אבל זה לא קשור אלינו. מדברים על תכנון היישוב. [...] האחריות שלנו היא טיפול בסוגיית הבדווים באותה פזורה [...] המינהלה לא שקלה אפשרות של הכשרת המגורים הקיימים בפזורת נחל יתיר במסגרת תוכנית המתאר של האזור". (פרוטוקול הדיון מיום 25.2.2007 עמ' 4).

101. דהיינו, למרות ייעוד האזור כאזור לפיתוח למגורים על פי תוכנית המתאר הרלבנטית ועל אף קיומה של תוכנית מתאר מפורטת לאזור, ועל אף החלטת הממשלה מס' 2265 מיום 21.7.2002 בדבר הקמת היישוב חירן, לא ראתה המשיבה לנכון לבחון אפשרות של הכשרת המצב הקיים בשטח הכפר במסגרת המצב התכנוני הקיים והעדיפה את האופציה הפוגעת בזכויות יסוד של המערערים ולבקש את סילוק ידם בטענה של השגת גבול.

102. המבחן הצר: מבחן זה קובעי כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. היינו, המבחן הזה יוצא מתוך הנחות שלפיהן, כל טיעוני הרשויות הינן מבוססות, לתכלית ראויה, ולאחר שנסקלו כל החלופות. עם זאת, המבחן הזה בודק, האם בכל זאת, ראוי שמדינה דמוקרטית תנקוט בצעד המבוקש? האם הנזק לערכים הדמוקרטים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של ההחלטה המינהלית או החקיקה הראשית.

103. לענייננו, האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם כדאי לפנות אזרחים ממקום מושבם בו הם מתגוררים למעלה מ- 50 שנים בשם תכנון חדש ומודרני אשר האינטרס הציבורי שבו אינו ברור מאליו ואיננו כה מובהק?
טלמי גילס אמת

104. ערכי השיטה המשפטית אינם סובלים פינני כפר ומחיקתו מעלי אדמות, אינם סובלים מחיקת היסטוריה בת 50 שנים של יישוב, אינם סובלים השלכת משפחות אל הרחוב, אינם סובלים פגיעה בילדים, אינם סובלים יצירת טראומה לתושבים על לא עוול בכפם ואינם סובלים פינני בנקל.

105. הנה כי כן, החלטת המשיבה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, היא לא נשענת על חקיקה ראשית המבקשת פינני לתושבים, היא לא לתכלית ראויה, והפגיעה בזכויות החוקתיות הינה מעל הנדרש, היינו לא עומדת בתנאי מבחן המידתיות.

סוף דבר:

106. בין המערערים לבין המקרקעין נוצר קשר הדוק. תחילתו של קשר זה חוזר יותר מ- 50 שנים אחורה עם בקשתה של המשיבה להעביר בני השבט אל המקרקעין עליהם הוקם הכפר. לאחר מעברם אליו, המערערים, בתום לב ובסבירות, השקיעו בו דור אחרי דור את כספם ונתנו את בו את נפשם. בכפר זה הם נולדו, הולידו ובה הם ציפו לגור עד סוף ימיהם.

107. מלבד הכפר, למערערים אין בית אחר.

108. בנסיבות עסקינן, אין שום הצדקה להורות על פינניים של המערערים מהכפר. הימצאותם של המערערים ואחרים מבני השבט אינה פוגעת במאן דהוא. שיקולים כגון הפעלת לחץ על המערערים לעבור ליישובי קבע וריכוזי אוכלוסין, ושיקולים של הקמת ישוב חדש ליהודים אינם יכולים לשמש הצדקה לפעולת הפינני. שיקולים אלה אינם מצדיקים את קטיעת הקשר בין המערערים לבין המקרקעין.

לאור המקובץ לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבל את הערעור, להפוך את פסק דינו של בית המשפט קמא ולהורות על דחיית תביעות הפינני כנגד המערערים. כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לחייב את המשיבה בשכר טרחת עו"ד ומע"מ כדין, והוצאות משפט.

~~עלאא מחאג'נה, עו"ד~~
מ.י. 18847
עלאא מחאג'נה, עו"ד
ALAA MAHAJNA, ADV.
ב"כ המערערים



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

כפ"י: כב' השופט גד גדעון

בעניין: מדינת ישראל באמצעות מנהל מקרקעי ישראל

התובעת

ע"י ב"כ עו"ד עדתו גיורא

נגד

הנתבעים בת.א. 3326/04

אבו אלקיעאן איברהים פרהוד ואח'

הנתבעים בת.א. 3341/04

עטוה עיסא אבולקיעאן ואח'

ע"י ב"כ עו"ד סוהאד בשארה

פסק דין

1. זהו פסק דין בתביעות התובעת בתיקים שבכותרת, לסילוק יד וצו מניעה סבוע, נגד הנתבעים, ביחס למקרקעין מוסדרים הידועים כגוש 100009 חלקה 1, וגוש 100010 חלקה 1, על כביש יתיר-חורה, הרשומים על שם התובעת (להלן: "המקרקעין"). התביעות נדונו במאוחד, על פי החלטה מיום 20.4.06. הוחלט לקבל את התביעות, ולהלן הנימוקים.

2. התובעת טענה במסגרת שתי התביעות שהגישה, כי הנתבעים, תפסו חזקה בחלק מן המקרקעין, בשטח של כ- 15 דונם, והם עושים בו שימוש למגורים, לאחסון וגידול עדריהם. עוד טענה התובעת, כי לנתבעים אין רשות, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, לעשות שימוש במקרקעין.



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

כפוי: כב' השופט גד גדעון

3. הנתבעים טענו בכתבי הגנתם, טענות מקדמיות, לעניין התיישנות ושיהוי, וכן טענו, להעדר סמכות עניינית לבית המשפט - טענה ממנה חזרו, בהודעת ב"כ הנתבעים לפרוטוקול ביום 23.6.05.

לגוף התביעות טענו הנתבעים, כי זכות הבעלות של התובעת על הקרקע, היא תוצאה של הליך הסדר אשר הסתיים ביום 9.5.1978, עליו ידעו הנתבעים, רק סמוך להגשת כתב ההגנה. לטענתם עד שנת 1948, התגוררו בני השבט, באזור ואדי זובאלה, בנו שם את כפרם ועיבדו אדמות שבעלותם, כאשר לאחר הקמת מדינת ישראל, התבקשו בני השבט ע"י הממשל הצבאי, לעזוב את אדמותיהם, ולעבור לאזור חירבת אלהוזייל. מיד לאחר הפינוי הותר להם לחזור לאדמותיהם, באופן חד פעמי, לצורך הקציר. לאחר מכן, התבקשו שוב לעבור לאזור יתיר, שם הותר להם לגור, לרעות ולעבד 7,000 דונם, אשר הוחכרו לשיחי השבט, פרהוד אבו אלקיעאן. מכאן לטענתם, כי הניס בעלי המקרקעין בהם החזיקו משפחותיהם כ - 48 שנים, עובר להגשת כתב ההגנה. עוד טענו, כי פינויים ממקום מגוריהם היחיד, יפגע בזכותם לדירה, המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וכי דרישת הפינוי של התובעת, נובעת מהרצון להקים יישוב יהודי במקום, בשם "חירון", מה שמהווה הפליה על רקע לאום, ופגיעה בעקרון השוויון.

4. בכתב התשובה שהגישה התובעת, טענה, בין היתר, כי אין לקבל את טענת הנתבעים, היות שמדובר במקרקעין מוסדרים ורשומים, שאין להעלות ביחס אליהם טענות התיישנות או שיהוי, וכי טענתם של הנתבעים, כי רכשו זכות עקב שהייה במקרקעין, לפני הרישום לא עומדת להם, שכן עם הרישום, נמחקות כל הזכויות הבלתי רשומות, שהיו לפניו. כן טענה, כי לא תגרם פגיעה בזכות הדירה של הנתבעים, כיוון שהמדינה מציעה להם פתרון זמין ומיידי, ביישוב חורה.



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

כפוי: כב' השופט גד גדעון

5. התובעת הגישה תצהיר של מר אילן ישורון, עובד במנהלה לקידום בדואים בנגב, ותצהיר של מר דוד הדר, המפקח על השטח בו מצויים המקרקעין.

הנתבעים הגישו תצהירים, של מר עטווה עיסא אבו אלקיעאן, הנתבע בת.א. 3341/04, חיליל פרהוד אבו אלקיעאן – מוכתאר השבט, הנא חמדאן – מתכנת ערים ואזורים, אחמד אברהים אבו אלקיעאן – הנתבע מס' 2, איברהים פרהוד אבו אלקיעאן – הנתבע מס' 1.

6. מר אילן ישורון העיד בתצהירו, בין היתר: "ידוע לי מתוקף תפקידי כי לכל בני השבט אבולקיעאן היושבים בפזורת נחל יתיר יש פתרונות דיור מידיים ומגדשים זמינים בשכונה 9 של הישוב חורה... ועל אף שהנתבעים יושבים על מקרקעי המדינה הרשומים כדין על שמה נוהל עם כל בני פזורת אבו אלקיעאן היושבת לאורך כביש חורה יתיר מו"מ לצורך פינויים מן המקרקעין. חלק גדול מבני הפזורה הו"ל הגיע להסכם עם המדינה והם עברו להתגורר בישוב חורה הסמוך למקום מגוריהם..."

מר דוד הדר העיד בתצהירו בין היתר: "בתוקף תפקידי כפקח ביחידה סיירת לעיתים תכופות בכל השטח אשר נמצא תחת פיקוחי והוא כולל בחובו את אזור נחל יתיר וזו כל פזורת שבט אבולקיעאן באזור נחל יתיר... בסיורי במקרקעין נוכחתי כי הנתבע 1 יחד עם אישתו הנתבעת מס' 2 ועוד ארבע נשותיו הנוספות, וילדיו... תפסו חזקה בחלק מן המקרקעין בשטח של כ - 15 דונם... והם עושים שימוש למגורים ולאחסון וגידול עדריהם. הנתבעים אף הקימו במקום ארבעה מבני בלוקים שבעה צריפים ומכלאת עדרים, כל זאת ללא רישיונות בניה וללא היתר כחוק, תוך השגת גבול ופלישה למקרקעי המדינה". בהמשך העיד: "מבדיקה שביצעתי במינהל מקרקעי ישראל ובמשרדי המינהל לקידום ענייני הבדואים בדרום עולה כי לנתבעים אין זכויות כלשהן במקרקעין והימצאותם ושימושם בהם הינם בניגוד לכל דין..."



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

כב' השופט גד גדעון בפני:

7. עדי הנתבעים, פרטו בתצהיריהם, את העובדות שנטענו בתמצית בכתבי ההגנה. העדים גם העידו על סיוע שקיבלו תושבי הכפר מן המדינה, לשיקום מבנים שנהרסו בשטפון שארע בשנת 1997. לתצהירים צורפו מסמכים, המעידים על ישיבת בני המשפחה באיזור במשך שנים רבות, לרבות אישורים, על תשלום מסים בגין עיבוד הקרקע, ותזכירי תביעה ביחס למקרקעין באיזור ואדי זובאלה.

מר עטוה עיסא אבו אלקיעאן העיד, לעניין המעבר למגורים במקרקעין: "...עברה משפחתי, בשנת 1956, להתגורר בכפר, על פי צווים של המושל הצבאי באזור הנגב, אשר ביקש מבני שבט אבו אלקיעאן לעבור לאזור בו אנו מתגוררים כעת". בהמשך העיד: "...כי מאז הקמתו של הכפר על ידי ממוני המשטר הצבאי ב- 1956, לא ננקטו כנגדי, כל חליכים לפינוי או הריסה... ידוע לי כי המדינה מתכננת להקים באזור ישוב יהודי בשם חירן...".

מר חיליל פרהוד העיד בתצהירו, בין היתר: "משהתבקשו בני השבט אבו אלקיעאן לעבור לאזור יתיר בשנת 1956, על ידי הממשל הצבאי, הוחכרו לשבט כ- 7000 דונם קרקע חקלאית לעיבוד באזור יתיר. עבור הקרקע הנ"ל שולמו דמי חכירה ומיסים כנדרש". בהמשך העיד: "היות ורשויות הממשל הצבאי הם אלה שהעבירו את בני שבט אבו אלקיעאן לאזור יתיר והחכירו להם קרקעות, הרי אותן רשויות ידעו על מעברו וקימו של השבט באותו אזור משך כל השנים שעברו... עניינינו התנהלו אל מול הרשויות באופן רגיל ופורמאלי ללא כל התכחשות מצידם להעברתנו וקימונו באזור יתיר...".

מתכנתת הערים הגבי הנא חמדאן, העידה בתצהירה, כי ביום 1.2.03, פנתה לגנוד המדינה, לצורך עיון במסמכים הקשורים "...לנושאי הבדואים בנגב". לדבריה, נמסרו לעיונה, רק חלק מהמסמכים הרלוונטיים. העדה העידה בין היתר: "...נתקלתי במסמך פנימי שהוכתר כסודי, מיום 28.8.1975, מטעם מר לובראני מלשכת ראש הממשלה ולשכת היועץ לענייני ערבים. מסמך זה התייחס לשאילתא בממשלה בנושא פלג השבט הבדואי אלקואעין. במסמך זה פורט, בין היתר, כי בני השבט אלקואעין [אבו אלקיעאן],



בתי המשפט

בית משפט השלום באר שבע

א 003326/04

א 3341/04

כפני: כב' השופט גד גדעון

תאריך: 30 ביולי 2009

חזקה נוגדת (ר' לעניין זה רע"א 9076/05 וליד אלדוח נ' מנהל מקרקעי ישראל, ע"א 2510/98 למד שין בעמ' נ' מאירה חסיד ואח' פ"ד ניג (5) 721, 728).

נראה, כי מעמדם של הנתבעים במקרקעין, הינו אכן מעמד של בני רשות, שכן ישבו במקרקעין במשך שנים, בידיעת המדינה ובהסכמתה, ואולם, בניגוד לטענת הנתבעים, לפיה מדובר ברשות שניתנה בתמורה, הרי לכל הפחות בזמנים הרלוונטיים לתביעה, מדובר ברשות שניתנה חינם.

לטענת הנתבעים, הם או משפחותיהם, שלמו לתובעת בעבר תשלומים שונים, עבור ישיבתם במקרקעין. המסמכים שהוצגו לעניין זה, העידו על תשלומי מיסים בגין "אדמת בעל", המדובר אפוא, בתשלומים עבור שימוש בקרקע לחקלאות, ואין טענה, כי תשלומים אלה שולמו כתמורה, עבור זכות בעלות או חכירה לדורות במקרקעין. מכל מקום, אין מחלוקת, כי מזה תקופה ארוכה, קודם הגשת התביעה. לא שלמו הנתבעים, תשלום כלשהו, עבור הזכויות להחזיק במקרקעין.

יש לדחות טענת הנתבעים, לפיה ניתנה תמורה עבור המקרקעין, בעצם הסכמתם לעבור מאזור ואדי זובאלה, אל המקרקעין. זאת, באשר הנתבעים לא הוכיחו, כי היו להם זכויות במקרקעין, באזור ואדי זובאלה. עצם ישיבתם במקום, ועיבוד הקרקע במקום שאינן נתונות במחלוקת, אין בהן להעיד, כי היו להם זכויות קנייניות במקרקעין האמורים.

הנתבעים לא הוכיחו, כי ניתנה להם הבטחה שלטונית, לפיה יקבלו זכויות במקרקעין, כנגד הסכמתם לעבור מאזור ואדי זובאלה אל המקרקעין. לא הובאה לעניין זה כל ראיה, העשויה להוכיח, איזה מן היסודות הדרושים, לקיום הבטחה שלטונית כאמור (ראה בג"צ 142/84 זישון כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות פ"ד מ (4) 523, 529).



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

כפני: כב' השופט גד גדעון

מר איברהים אבולקיעאן העיד בחקירתו הנגדית, בין היתר: "...אני יודע שזו האדמה שלנו במקום האדמה שפינינו בואדי זובאלה, אני יודע שהאבא והסבא שלי אמרו שהאדמה הזאת, במקום האדמה שמואדי זובאלה. אין לי מסמכים שמראים את מה שאני טוען. אבל נולדתי כאן ומעולם לא אמרו לי לפנות את המקום. בשנת 97 הצריפים עפו שהיה שטפון... הממשלה סייעה לנו וסיפקה לנו בלוקים וחומר בניין... באו נציגי הממשלה לאחר הסופה, שרון בזמנו, ונתנו לנו את החומרים לבניה".

מר אחמד אבולקיעאן העיד בחקירתו, בין היתר: "...אנחנו יושבים בעתיר משנת 56. אף פעם לא הגישו נגדי תביעה... אין לי הסכם שלפיו החכירו לנו את השטח. נתנו לנו מילה שהשטח שלנו ושלמנו כסף עבור הזכות לגור שם...עד שנת 84 או 85 שילמנו עבור הקרקע ואז אמרו לנו שכבר לא צריך".

מר עטווה אבולקיעאן העיד בחקירתו, בין היתר: "אבי אמר לי שהיתה לו קרקע חקלאית באזור ואדי זובאלה, אני חושב שי שלי חלק מהמסמכים, אבל הם אצל אחי. יש לי אולי שניים עשר מבנים מבלוקים... אין למבנים היתרי בניה".
בהמשך העיד: "...אם נותנים לי מגרש בשכונה טובה שאני רוצה לגור בה אני מוכן לעבור".

בסוף דיון ההוכחות, ביקשה ב"כ הנתבעים להתיר הגשת "סבב ראיות נוסף", משום שמדובר בתביעות, נגד אוכלוסיה היושבת במקום כ-50 שנים, ויש צורך לאתר מסמכים. הבקשה נדחתה, בין היתר, משום שהליכי הגילוי והעיון בוצעו במשך כשנה לאחר מתן ההחלטה על הגשת הראיות. יחד עם זאת, נקבע בהחלטה האמורה, כי אם תבוא בקשה להגיש ראיה ספציפית, שתתגלה עד למועד מתן פסק הדין, היא תידון לגופה.

ב"כ הנתבעים אכן הגישה בהמשך, בקשה להגשת ראיות נוספות. הבקשה נדחתה, באשר נקבע, כי הנתבעים לא הראו, את החלוונטיות של המסמכים הנוספים לדיון בתביעות.



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

כפני: כב' השופט גד, גדעון

9. התובעת טענה בסיכומיה, בין היתר, כי הנתבעים לא הוכיחו את טענות ההגנה שלהם, באשר עיקר הראיות עליהן נסמכו, היו עדויות מפי השמועה, או עדויות סברה, שאינן קבילות, וכי המסמכים שצורפו לתצהירי הנתבעים, אינם קבילים. עוד טענה התובעת, כי לא עומדות לנתבעים זכויות שביושר שביחס למקרקעין, נוכח הסדר המקרקעין, והוראות החוק לעניין מקרקעין מוסדרים. לטענתה, גם מהראיות שהגישו הנתבעים, לא עולה, כי היו להם זכויות במקרקעין באזור מגורי משפחתם בואדי זובאלה.

הנתבעים חזרו בסיכומיהם בפירוט, על טענותיהם שבכתב ההגנה לרבות טענות השיהוי, והאפליה. הנתבעים טענו, כי למעשה מנסה התובעת באמצעות תביעות בשטח, לפנות כפר שלם מיושביו, תוך פגיעה קשה בזכויות היסוד של התושבים. לטענת התובעת, לא הוכחה עילת התביעה, שכן על אף שהמקרקעין רשומים על שמה של המדינה לא הוכח כי הנתבעים משיגי גבול. לטענתם, הם נמצאים במקרקעין ברשות, עי"פ צווים של הממשל הצבאי מאז שנות ה-50. עוד טענו הנתבעים, כי הם בני רשות בתמורה באזור בו הם גרים, וכי הרישיון שניתן להם לפני כחמישים שנה, הוא רישיון בלתי הדיר, שאין לבטלו. לטענתם, התנהגות הרשויות במשך כל השנים, מהווה הסכמה מטעם המדינה, למתן הרישיון. הנתבעים הודיעו, כי הצעת התובעת, להעבירם ליישוב חורה אינה מקובלת עליהם, בשל הנזקים אשר יגרמו להם כתוצאה מכך.

10. אין מחלוקת, כי התובעת הינה בעלת המקרקעין, וכי המקרקעין מנוהלים עבורה, ע"י מנהל מקרקעי ישראל. לפיכך, רובץ על הנתבעים, הנטל להוכיח כי יש להם זכות במקרקעין, וכי לא ניתן לדרוש פינויים מן המקרקעין, או כי יש מקום להתנות את הפינוי, בתשלום פיצויים. סבורני, כי הנתבעים לא הרימו נטל זה.

11. הנתבעים לא הוכיחו כי החזיקו במקרקעין, חזקה נוגדת, במהלך התקופה הנטענת, דהיינו משנת 1956, שהרי טענו את ההפך – כי ישיבתם במקרקעין היתה על דעת המדינה, ובהסכמתה. מכאן, כי לא רכשו במקרקעין זכויות כלשהן מכח התיישנות או



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

בפני: כב' השופט גד גדעון

הנתבעים לא הוכיחו, כי הרשות האמורה, הינה בלתי הדירה. כך, לא הוכיחו הנתבעים, כי השקיעו בתום לב, השקעתם במקרקעין. המבנים שבנו הנתבעים במקרקעין, נבנו שלא כדין, ואינם עשויים להיחשב, כהשקעה במקרקעין, בגינה יהיו זכאים לפיצויים כתנאי לפינוי, ובוודאי שלא מדובר בהשקעה שנושאה להפוך את הרשות, לבלתי הדירה. לפיכך, וכאשר כאמור לעיל, הרשות שניתנה לנתבעת ביחס למקרקעין, היתה רשות שניתנה חנים, הרי שזכאית היתה התובעת לבטלה, בהודעה לנתבעים בכל עת (ר' ע"א 32/77 אליאסף טבולצקי נ' בית כנסת ובית מדרש החסידים, פ"ד ל"א (3) 210).

הנתבעים טענו כאמור, כי יש לדחות את התביעה משום שהוגשה בשיהוי. יש לדחות טענה זו. כפי שנאמר לעיל, התובעת הסכימה למעשה לשיבת הנתבעים במקרקעין, כאשר משניתנה הרשות בחינם, רשאית היתה לבטל את הרשיון בכל עת, ואולם, כל עוד לא הודיעה על ביטול הרשיון, לא החל ממילא "מירוץ השיהוי", וודאי שלא ניתן ללמוד מאי הגשת התביעות בעבר, על כך שהתובעת ויתרה על זכויותיה במקרקעין.

12. הנתבעים ביססו טענתם לעניין הכרה של המדינה בזכויותיהם במקרקעין, על כך ששולמו לבני משפחותיהם, פיצויים בגין נזקי מלחמה, ובגין השטפון כאמור לעיל. אין בעובדות אלה כדי להראות, כי המדינה הכירה בזכויות במקרקעין.

הפיצויים ששולמו בשנות ה-60, כעולה ממסמכים שהוגשו, שולמו עבור נזק ל"יבולים", דהיינו עבור נזקי חקלאות בלבד. אשר לפיצויים בגין השטפון - העובדה שהתובעת סייעה לתושבי הכפר לשקם נזקים מהם סבלו, עקב השטפון בשנת 1997, אף היא אינה מוכיחה כי היו להם זכויות במקרקעין, מעבר לזכות של בני רשות. המדובר, על פני הדברים, בסיוע שניתן עקב מצוקה, שאין עימו כל הכרה בזכויות חזקה ובודאי לא זכות בעלות.

13. טענות הנתבעים, לעניין אפליה ביחס לתושבים עתידיים של היישוב "חירן", אותו מתכוונת התובעת להקים, ואי הסכמתם לפתרון שהוצע למגוריהם בישוב חורה, אינן עשויות לבסס להם הגנה מפני התביעה. על פני הדברים, ככל שנפל פגם בהחלטות



בתי המשפט

א 003326/04

בית משפט השלום באר שבע

א 3341/04

תאריך: 30 ביולי 2009

בפני: כב' השופט גד גדעון

התובעת, ביחס לעניינים אלה, עשויה אולי להמצא לנתבעים תרופה, בתחומי המשפט התוקתי והמנהלי, בפני הערכאה המתאימה, ואולם, במצב החוקי זהיוס, אין בטענות אלה לבסס להם זכות במקרקעין, או הגנה מפני תביעת התובעת נגדם, מכוח בעלותה במקרקעין.

14. המסקנה מן האמור לעיל הינה, כי הנתבעים לא הרימו את הנטל להוכיח, כי יש להם הגנה מפני התביעות, ויש על כן לקבלן, להורות על סילוק ידם של הנתבעים מהמקרקעין, וליתן צווים, כפי שהתבקשו.

15. התביעות מתקבלות אפוא. אני מחייב את הנתבעים, יחד ולחוד, לשלם לתובעת שכר טרחת עו"ד בגין שתי התביעות יחד, בסך 10,000 ₪ בתוספת מע"מ, וכן הוצאות המשפט. ב"כ התובעת יגיש פסיקתא לחתימה, ורשאי לצרף אליה, בקשה לשומת הוצאות.

ניתן היום ט' באב התשס"ט, 30 ביולי 2009, בהעדר הצדדים.

גד גדעון, שופט

בית משפט השלום באר-שבע
אני מאשר
שהעתק זה נכון ומתאים למקור
תאריך: 30.7.09
מוכיר ראשי

לשכת ראש הממשלה

לשכת היועץ לענייני ערבים

כ" באדר ה'תשי"ז
28 באוגוסט 1957

ירושלים

149 / 4 / 1905

סודי

שאלתה בממשלה בשאלה פלג השבט הגדול אלקראעין
(שאלה ע"י אשר ברזילי בשיבת הממשלה מ-10.8.57)

להלן סקירת-רקע בגדרן שמסרה ע"י עמך המשל אבא:

1. פלג אלקראעין חנו חלק משבט הגדול במחנה החימה ונתון
למקומו של ע"ד סמאן ח'זילי. פלג זה המונה כ-200 נפש
ישם אחרי מלחמת השחרור על אדמת המושב סמאן ביה קמת
דג'ר - לתב' דעבד אדמות חמו'נה ללא חו'י ח'זילי.

2. בני חמלג אשר החמסוד על השבט שבין גבול ירידן לבין כביש
פלד'ה-מארי-שמע חזלו לעבור בהדרגה ואיסוף יריעות על
התנועה בכביש הראשי לבאר שבע ועל המעורלות הנערלות בשמחי
האמריים הסמוכים.

3. עקב לחץ שהופעל ע"י הממשל הצבאי ולתח' שרבים מבני חמלג
נתפסו בעברות שונות, הסכימו כ-2/3 מהם בהצטרפם אל עאית
ו-1/3 אחר רא' עאן לתעתיק מקומות מגוריהם למבצרות עת'ר.
קבוצה בת-כ"ה קרקע מאתמרת חמו'נה בהחאם לזוהל של משבט
המקראעין, ותום מעורבות איתם.

4. שארית חמלג, כ-50 נפשות שהן כ-15 משפחות לא האפרתו אל
שני השלישים הנזכרים, ומאידך הוחזקו מאחליהם סמאל של שבט
של הש"ד סמאן אל-ח'זילי כיון שהם נמצאים ב"חם-ים מתוחמים.
אחר ומשתדלים למנוע ממנו את האפשרות לקום על מושבם.
חלק זה נשאר מפורז במאחלים קטנים בין גבול ירידן במבצרות
לתב' ועד ביה קמת על גביש סלוג'ות. פלג הסמאל לאפשר
להש"ד במעורלות החברתה שלהם ובמעורלות מרד'עין ער'רות.

5. רצופת לסקירה זו רשימת מעשיהם של אנשי חלק זה סמלג
מאלקראעין בתקופת האחרונה. ברשימה כלולו כעשים שמבצעים
חומאן לדין, מעשים אשר נגדו מבצעים הם נקסוד אמצעים
אדם-נגד-אדם ב"ים ומעשים אשר מבצעים מרם באו על שפתם.

/

מתאים למקור השמור
בגוד המדינה ירושלים
07 02-2007
מיכל זמט
שרותי מחקר וקהל

6. במגמת להפסיק את פעילותם העוינת ולאפשר סקרה יחידה יעילה על מעשיהם, נדרשו אנשי חלק זה להתקרב אל מאהל שבסו של סלמאן אלחזיילי חוף הנחת שבגלל יחסיהם הרעים עם שייח' זח' עדימו אנשים אלה לשוב ולהתאחד עם יחיד חלקי מלג אלקואעיין במדינת עיר.

7. מאשר להפוש אשר נערך ע"י המשטרה הצבאית במהלך החלק הנ"ל של מלג אלקואעיין - לחלץ הצעה השונה לשואלי

הצעה השונה

1. אין כל כוונה להעביר את אנשי אלקואעיין מאזור הגדודים. פונקציון היא לרכוש מחדש חתה חסותו של שייח' שבסו, סלמאן אלחזיילי, כדי לאפשר סיקור במחנה יעיל על מעשיהם. רכזים מחדש לא ימוע מהם לקבל אדמה מחבירה בהתאם להצעתו של התקלאות בעניין זה.

2. חוף כדי תפוש אתרי סחורה מותרת ותחמושה שיערך במהלך מלג זה ע"י המשטרה הצבאית. התחמושה במלגם שלשה אחלים. מען אמה במענה בא"ל חוטלר 18 אחלים.

3. אין זה נכון שאנשי המשטרה הצבאית אינם על הגדודים בשירות אחלים וכן אין אמת במוענה בא"ל סמו האנשים סבות וטמירות להי. בדיקתו העלתה שהמשטרה הצבאית לא מגיע באיש.

4. סקרה נוסח לזו התעלחה מעטה ע"י עורך הדיון חנן רובין (ש"מסקרה" חוזר על הטענה גם תעס) ב"ש"ר להחנתגות הצבא ללפי שבם התלאלגה אשר חנה על גבול ירדן. עורך הדיון חנ"ל חזר בו מטענתו לאחר שתובחר לו שפונתה הסמל הצבאי לא תיחה לגשלים במקומם אלא רק לרכוש ולאשר סקות עליהם. וכן לאחר שתובחר לו שלטונם הגדודים בדרך התעללות לא טיח שחר.

הצעה
א"ל עמדין

מתאים למקור השמור
בגנ"ח המדינת ירושלים
07.02.2007
מיכל זפט
שרותי מחקר וקהל