

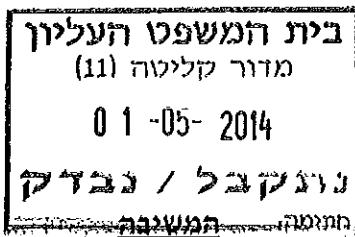
בית המשפט העליון  
רע"פ 3082/14  
אתב אבו אלקיעאן ואח' נ. מדינת ישראל ועדה מחוזית  
תאריך הגשה: 01/05/14

בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט לערעורים

בעניין: **ראתב אבו אלקיעאן ואח'**  
ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ו/או פאדי חיורי ו/או חסן גיבארין  
ו/או ארנה כהן ו/או סאוסן זהר ו/או אראם מחאמיד ו/או נדים  
שחאדה  
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, רחוב  
יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 310903  
טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140

המבקשים

- נ ג ד -



מדינת ישראל – ועדה מחוזית לתכנון ובנייה דרום  
ע"י עו"ד לאורה אפרתי  
רח' הרצל 68, ראשון לציון 7526

בקשת רשות ערעור

מוגשת בזאת בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט אריאל חזק) מיום 18.3.2014 במסגרת עפ"א 50761-01-12.

בית המשפט המחוזי, דחה את ערעורם של המבקשים, ואישר את פסק דינו של בית המשפט השלום בקריית גת, אשר ניתן במסגרת תל"פ 2136/09, שבו נדחתה בקשתם של המבקשים לבטל את צווי ההריסה השיפוטיים כנגד 32 בתי המבקשים, שניתנו במעמד צד אחד בשנת 2003 על פי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה – 1965 (להלן: "החוק"). בכך, ביהמ"ש קמא, הותיר את צווי ההריסה על-כנם.

== מצורף העתק מפסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע מיום 17.3.2014 ומסומן כנספח א'.  
== מצ"ב העתק פסק דינו של ביהמ"ש השלום בקריית גת מיום 11.12.2011, מסומן כנספח ב'.

## ואלו הם נימוקי הבקשה:

### 1. מדוע הבקשה הזו עונה על מבחני קבלת רשות ערעור?

1. כפי שיפורט להלן, שאלה משפטית מרכזית שבקשה זו מעלה בפני בית המשפט הנכבד, נוגעת לתחולת המשפט המינהלי על בתי המשפט האזרחיים כשהם דנים בסוגיית התיישבותם של אזרחים. במילים אחרות: האם כללי המשפט המינהלי חלים על בתי המשפט האזרחיים עת הם דנים בסוגיית התיישבותם של אזרחי המדינה המתגוררים קרוב ל-55 שנה ברשות ובהסכמת ולבקשת המדינה על קרקע המוגדרת כמקרקעי מדינה? או שמא דינה של שאלה זו היא להידון אך ורק בפני בג"ץ וכי בתי המשפט דלמטה אינם מוסמכים לדון בה מפאת כך שחובתם היא להתייחס לסוגייה כזו אך ורק בראי המשפט הפרטי (היינו כסוגיית בעלות גרידא המשעה את תחולתם של עקרונות המשפט המינהלי)? האם כללי ההגיונות, ההסתמכות, תום הלב, השוויון, הסבירות והמידתיות חלים על המדינה בנושאי התיישבות והריסת בתים, הנוגעים לזכויות יסוד של אזרחים או שמא מותר למדינה, כפי שמותר לכל פרט, לבטל רשות שימוש במקרקעין גם לאחר 55 שנה ובהעדר נימוקים כלשהם בבחינת "הבעלים נתן והבעלים לוקח"? האם דינה של המדינה כשהיא פועלת מול אינטרסים מוגנים הנוגעים לזכויות יסוד של אזרחים כדין הפרט אך ורק משום שהיא הבעלים של הקרקע?

2. העובדות הרלבנטיות שהבקשה מתייחסת אליהן אינן שנויות במחלוקת. בתי המשפט דלמטה מאשרים, כי המבקשים תושבי כפר בדואי נגב בשם אם אלחירן (להלן: "הכפר") הינם מתיישבים בכפר זה מאז 1956; ואינם בגדר פולשים; ישיבתם במקרקעין שבמחלוקת לא הייתה בניגוד להסכמת המדינה, שלא על דעתה או ללא בקשתה; הם לא בנו את בתיהם בכפרם כעבריינים חסרי תום לב. נהפוך הוא, בתי המשפט דלמטה מאשרים, כי ישיבתם של התושבים בכפר הייתה בהסכמת המדינה, באישורה, בידיעתה ואף לפי דרישתה ולכן הם ברי רשות לכל דבר ועניין. לא זו בלבד, בית המשפט המחוזי בתיק ע"א 1165/09 מותח ביקורת חריפה בפסק דינו הנדון על המשיבה משום שהיא תיארה בתביעתה המקורית את המבקשים כפולשים.

3. ואולם, ולאחר כ-55 שנים החליטה המדינה לבטל את הרשות, לסלק את המבקשים מהכפר ולהרוס את בתיהם, יחד עם יתר התושבים המונים כיום כ-500 נפשות.

4. המבקשים יטענו כי טעה בית משפט קמא בקובעו כי התקיימו התנאים להוצאת צווי הריסה כנגד בתיהם של המבקשים לפי תנאי סעיף 212 לחוק. וכן נקבע, כי הנושא ידון ויוכרע אך ורק במסגרת המשפט הפרטי הואיל ובתי המשפט דלמטה אינם מוסמכים לדון בתחולת המשפט המינהלי על סוגייה כזו גם אם ישנם טיעונים כבדי משקל, שכן, מקומם של טיעונים מן המשפט המינהלי והמשפט החוקתי אינו בבתי המשפט האזרחיים האלה, אלא היה על המבקשים להעלות טיעונים מסוג זה בפני הערכאה המשפטית הרלבנטית, היינו, בג"ץ. המסקנות המשפטיות של ביהמ"ש קמא מנוגדות ללשון החוק, אינן מתיישבות עם ההלכה הפסוקה המתייחסת לפרשנותם של תנאי סעיף 212 לחוק, ומנוגדות הן לעקרונות המשפט המינהלי והן לעקרונות המשפט החוקתי.

5. ודוקו, התוצאה המשפטית של פסק הדין הנדון היא הריסת הכפר בשלמותו שנבנה בשנת 1956, ללא כל נימוק לכך המתיישב עם ההלכה הפסוקה הרלבנטית.

6. נוסף, כי אין מחלוקת בין הצדדים אודות ייעודו של האזור שהמדינה מבקשת לפנותו, ליישוב בשם חירן. הוכח בפני בית המשפט, כי הריסת הכפר מתבקשת כדי להקים יישוב חדש במקום הכפר אום אלחירן אך עם זאת בית המשפט סירב לדון בנפקויות הטענה הזו כפי שהוא סירב לדון בסוגיות משפטיות אחרות כגון הסתמכות, הגינות, סבירות, מידתיות החלטת המשיבה, ומידת הפגיעה בזכויות היסוד של המבקשים, יחד עם שאר תושבי הכפר, באופן שרירותי ללא נימוקים המצדיקים זאת. וכלשונו של בית המשפט:

”כן מקובלת עלי קביעת בימ”ש קמא שאין בידי בימ”ש זה הזן בבקשה לביטול צווי הריסה לדון בבקשות מסוג זה, שכן הטענות באות כנגד מדיניות גורמי השלטון ותוכנית המתאר במקום, ולפיכך, יש לברר הטענות בפני ערכאות מתאימות וגופים מתאימים”

7. לא פחות חשוב הוא שפסק הדין מושא בקשה זו מנוגד לעקרון שלטון החוק. המבקשים יטענו כי טעה בית משפט קמא בקובעו כי התקיימו התנאים להוצאת צווי הריסה כנגד בתיים של המבקשים לפי תנאי סעיף 212 לחוק. המסקנות המשפטיות של ביהמ”ש קמא מנוגדות לשון החוק ולא מתיישבות עם ההלכה הפסוקה המתייחסת לפרשנותם של תנאי סעיף 212 לחוק דנן. לפיכך, הואיל וביהמ”ש קבע פרשנות חדשה לתנאים האלה, שהיא פרשנות מרחיבה ביותר וגורפת שלפיה, בין היתר, לא צריך להוכיח את התקיימותם של תנאי 212 לחוק לגבי כל בקשה ובקשה, ואין צורך לבדוק את סוגיית ”המאמץ” באיתור המבנים ובעליהם, ומבלי לדון בסוגיית האינטרס הציבורי לפי מבחני האיזונים – לא הוכחה בפני בית משפט קמא התקיימותם של תנאי הסעיף הנדון.

8. הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט הנכבד מקבל בקשות רשות ערעור אם הבקשה מעלה סוגייה משפטית מובהקת או במקרה בו התעוררה טעות משפטית יסודית בפסק הדין מושא הערעור או שהסוגיה הינה בעלת השלכות ציבוריות ומשפטיות. הבקשה הזו עונה על כל המבחנים הנ”ל: אכן הקביעה בפסק הדין הנדון הינה מנוגדת לעקרון שלטון החוק, ולעקרונות המשפט הציבורי. לכן היא עלולה להוביל לתוצאות משפטיות אבסורדיות לפיהן המדינה יכולה שלא להאריך זכויות חכירה של תושבי מושב המתגוררים בו מעל לחמישים שנה בכל עת, ולהפכם לחסרי בית אך ורק משום שהיא הבעלים של הקרקע. למותר לציין, כי כל המושבים בארץ קמו על מקרקעי מדינה.

9. יצוין כי בניגוד לעקרון שלטון החוק, בבתי המשפט דלמטה גם נפלה טעות משפטית מובהקת בכך שקבעו כי אינם מוסמכים להחיל את המשפט המינהלי והחוקתי על המקרה דנן. הרי גם לפני פס”ד קעדאן (בג”ץ 6698/95 קעדאן נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נד(1) 258 (2000)) ובשורה של תקדימים נקבע, כי המדינה הינה נאמן הציבור בניהול מקרקעי המדינה ועל כן עליה לעמוד בכל אמות המידה של המשפט הציבורי. בית משפט נכבד זה אף קבע בשנת 1979, כי:

”המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל...מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד ענינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות...חובות אלה מוטלות על המדינה בכל פעולה ופעולה שהיא עושה. הן חלות על כל

החלטה והחלטה והן חלק מכל שיקול דעת המופעל על-ידיה. אין כל יסוד הגיוני להבחין בין החלטה מכוח סמכות סטטוטורית מיוחדת לבין החלטה מכוח סמכויות המינהל הכלליות. אלה כאלה מופקדות בידי המדינה בנאמנות, ואלה כאלה חייבות להיות מופעלות בהגינות. על כן חייבת המדינה לפעול על-פי הכללים הנזכרים, בין אם היא פועלת כשלטון, ומפעילה סמכות חד צדדית, ובין אם היא פועלת כפיסקוס (fiscus) ומתקשרת בהסכמים. בשני המקרים ענין לנו באקט מינהלי הלוש צורה ופושט צורה, אך לא הצורה היא הקובעת אלא המהות היא הקובעת... ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי חשובה היא, והשלכות לה אף על הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק. אך האקט המינהלי הוא אחד, והמשפט המינהלי הוא אחד, ובין אם המדינה פועלת במשפט הציבורי בלבד של סמכות, ובין אם היא פועלת במשפט הפרטי בלבד של הסכם, היא חייבת לפעול על-פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן ציבור... המשפט המינהלי החל על המדינה אינו קשור לבית-המשפט אשר ידון בהפרתו. בתי המשפט הם רבים, המשפט המינהלי הוא אחד." (ההדגשה אינה במקור – בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נגד ממשלת ישראל, פד"י לד(3) 729, 745-747 (1980)).

## 2. דברי פתיחה

10. הכפר אום אלחיראן הוקם ברשות, בהסכמת וכבקשת המדינה לפני כ-58 שנים (בשנת 1956). זוהי קביעה עובדתית ומשפטית של בתי משפט השלום והמחוזי בבאר שבע. כיום, מבקשת המדינה ובית משפט קמא להורות על הריסת בתי המבקשים על כך שהם צייתו להוראותיה לפני כ-58 שנה. אין המדובר בפולשים לקרקע מדינה, אין המדובר במי שבנו את כפרם ואת בתיהם בניגוד לחוק אלא מתוך ציות להוראות המדינה, מתוך אילוץ וחוסר ברירה. על אף מצב דברים זה, החליט בית משפט קמא, כי ישיבת המבקשים בקרקע היא שלא כדין וכי בתיהם נבנו בניגוד לחוק וזהו אינטרס ציבורי העומד בפני עצמו ומצדיק את הריסת בתי המבקשים על פי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה.

11. מאחר וביהמ"ש נתן פרשנות מרחיבה לתנאי סעיף 212 לחוק שלא מתיישבת עם הפסיקה, הוא לא נתן משקל כלשהו לפגיעה בזכותם של המבקשים להליך הוגן.

12. ועוד, המבקשים יטענו כי טעה בית המשפט קמא כאשר לא דן בטענות המקדמיות כגון טענת ההגנה מן הצדק, ההגינות והסבירות.

13. בנוסף, המבקשים יטענו כי טעה בית המשפט קמא כאשר השעה את המשפט המינהלי והחוקתי בקובעו כי טיעונים מסוג זה מקומם אמור לידון בערכאות אחרות. ובכך בית המשפט לא דן בסוגיית הפגיעה בזכויות החוקתיות ולא בדק את התקיימותו של מבחן המידתיות בהקשר זה. האבסורד הוא שמצד אחד ביהמ"ש קמא מתייחס להתקיימותו של אינטרס ציבורי, ומצד שני הוא קובע כי טיעונים מתחום המשפט החוקתי והמשפט המינהלי אמורים להידון בערכאות המשפטיות הרלבנטיות ולא בפניו. אולם, עיקרו של המשפט הציבורי הוא בבדיקת היחסים המשפטיים בין הפרט והאינטרס הציבורי לפי מבחני פיסקת ההגבלה. לכן, בית המשפט לא יכול להתייחס לאינטרס הציבורי מבלי לבדוק גם את האיזונים הרלבנטיים. לכן, גם מהטעם הזה עולה כי הבדיקה של תנאי סעיף 212 לחוק על ידי ביהמ"ש קמא הינה שגויה, וזאת מפני שהיא מחייבת כשלעצמה בדיקת האיזונים לפי מבחן המידתיות בהיותה נוגעת לאינטרס הציבורי.

14. לא למותר לציין כי אף לפני חוקי היסוד נהגו בת המשפט לבדוק את הפגיעה באינטרס הציבורי לפי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי.
15. חשוב לציין כי ההתייחסות לעדויות בערעור זה אינה נוגעת לסוגיית מהימנותם של העדים או האמון בגרסאותיהם, ואף לא מבקשת להתייחס לקיומן של סתירות, אם בכלל, אלא היא נוגעת במסקנות ובנפקויות המשפטיות שעולות בבירור מהן ואשר הן רלבנטיות ביותר לפרשנות תנאי סעיף 212 לחוק.

### **3. השתלשלות ההליכים**

16. בספטמבר 2003, הגישה המשיבה לבית משפט השלום בבאר שבע בקשות לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה, להוצאת צווי הריסה למבני מגורים מאוכלסים, הממוקמים "במקבץ אבולגיוען מערבית לכביש יתיר (316)", שלטענתה, דבר קיומו נתגלה ביום 1.7.03, וכי נבנה ללא היתר בנייה לפי חוק התכנון והבנייה. בבקשה נטען כי לא ניתן לאתר מי בנה את המבנה, הבעלים, השוכר או המשתמש בו. כסימוכין לטענה זו, צירפה המשיבה לבקשותיה את תצהירו של מר חזי כהן, מרכז ועדה מחוזית של משרד הפנים במחוז דרום, אשר תיאר בלקוניות ובהעדר פירוט עובדתי, כי ניסה לאתר את הבעלים אך לא עלה בידו לעשות זאת.
17. ביום 8.9.03 נעתר בית המשפט השלום בבאר שבע לבקשת המשיבה, והוציא צווי הריסה כדרוש בבקשה במעמד המשיבה בלבד, וזאת מבלי שהורה על הדבקת הבקשה יחד עם ההזמנה לדין על בתי המבקשים בטרם מתן ההחלטה. משמעות צווי ההריסה הינה הריסת כפר שלם המאכלס כ-500 תושבים אזרחי המדינה.
18. בקשות המבקשים לביטול צווי ההריסה הני"ל נדחו על ידי בית משפט השלום בקריית גת במסגרת תל"פ 2136/09. ערעור אשר הוגש לבית המשפט המחוזי, במסגרת עפ"א 50761-01-12, על ההחלטה שלא לבטל את צווי ההריסה נדחה.

### **4. פסק הדין בבית משפט המחוזי באר שבע**

19. בית המשפט המחוזי (מפי כב' השופט אריאל חזק) דחה את הטענה לפיה לא מתקיימים התנאים להפעלתו של סעיף 212 לחוק. וקבע, בין היתר, כי מאמצי המדינה באיתור בעלי הבתים מושא בקשות צווי ההריסה היו סבירים בנסיבות העניין. בית המשפט קבע בעניין זה, כי היות ומדובר במספר רב של בתים, אזי סף סבירות המאמצים לאיתור כל מי שקשור לבתים הנו נמוך מהצפוי במקרים בהם מדובר בבית אחד או בבתי בודדים.
20. במישור הצורך הציבורי, נקבע כי האינטרס הציבורי של חוטא לא יצא נשכר, גובר על הנסיבות האישיות של המבקשים. ועל אף שמדובר בבני רשות אשר הועברו לאזור על ידי המדינה עוד בשנת 1956, קבע בית המשפט קמא, כי הם יושבים במקרקעין שלא כדין ובנו ללא היתר ועל כן יש להתיר את ההריסה (עמ' 17 לפסק הדין). עוד קבע בית המשפט כי תכנית מתאר המייעדת את הכפר לישוב, משכללת אינטרס ציבורי נוסף המצדיק את הריסה (עמ' 18 לפסק הדין). כמו כן, נקבע כי עקב אפשרות מעבר המבקשים לחורה, לא ייגרס להם עוול כתוצאה מהתריסה (עמ' 19 לפסק הדין).

21. בנוסף, בית המשפט קובע, כי את טיעוני המבקשים נגד החלטת הרשויות לפעול להוצאת צווי הריסה לפי סעיף 212 לחוק, כגון אפליה ושיקולים זרים ובלתי ענייניים, דינם להתברר בערכאות אחרות ולא במסגרת הבקשות אשר עמדו בפניו לביטול צווי ההריסה (עמ' 19-20 לפסק הדין).

22. בכך בית המשפט קבע כי צווי ההריסה שניתנו בשנת 2003, מושא הערעור, יוותרו על כנם. יחד עם זאת, ועל מנת לאפשר למבקשים "תקופת התארגנות", נקבע כי ניתן יהיה לבצע את צווי ההריסה בתום תשעה חודשים מיום מתן פסק הדין.

## **5. עובדות המקרה בקליפת אגוז**

### **א. הכפר הבלתי מוכר אום אלחיראן – הוקם בהוראות המדינה**

23. המדובר הוא בבקשות לביטול צווי הריסה שיפוטיים שניתנו במעמד צד אחד בשנת 2003 כנגד המבקשים. במקביל לבקשות למתן צווי הריסה מושא בקשת רשות ערעור זו, הגישה המשיבה תביעות פינוי כנגד כלל תושבי הכפר בשנת 2004.

24. יודגש כי בניגוד לעמדת המדינה כפי שזו הוצגה בתחילת ההליכים, הוכח בפני הערכאות כי המבקשים אינם בבחינת פולשים. בתביעות הפינוי, שהוגשו ונידונו בשני חלקים, ניתנו שני פסקי דין בבית משפט השלום בבאר שבע ובהם נקבע כי הנתבעים (המבקשים כאן) הנם בני רשות בקרקע, שכן העתקת מקום מגורי הנתבעים למיקום הנוכחי לפני עשרות שנים נעשה ברשות ואף בדרישת הרשויות המוסמכות. יחד עם זאת, קבע בית המשפט הנכבד כי עניין לנו בבני רשות ללא תמורה הדירה ועל כן הורה על פינוי הנתבעים.

= מצורף העתק מפסק הדין של ביהמ"ש השלום בבאר שבע מיום 30.7.2009 ומוסמן כנספח ג'.

= מצורף העתק מפסק הדין של ביהמ"ש השלום בבאר שבע מיום 27.10.2013 ומוסמן כנספח ד'.

25. במסגרת ערעור על פסק הדין הראשון<sup>1</sup> לבית משפט המחוזי בבאר שבע, חזר בית המשפט הנכבד על הקביעה כי מדובר בבני רשות ללא תמורה והוא מתח ביקורת חריפה על אופן התנהלות המשיבה והדרך בה נוסחו כתבי התביעה כנגד הנתבעים 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 כהויותן, ולא שיקף את המציאות המורכבת ואת הנסיבות הלא שיגרתיות, שפסק הדין קמא קובע [...] על הצגת הדברים בצורה לא שלמה ומדוייקת בכתב התביעה, יש להצר" (דבריו של כב' השופט אריאל ואגו בעמ' 7 לפסק הדין, נספח ה').

== מצורף העתק פסק הדין של ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע מיום 28.2.2012 ומוסמן כנספח ה'.

<sup>1</sup> 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 נידונו החל משנת 2008 וניתן בהן פסק דין באוקטובר 2013, וערעור עליהן נמצא עתה בפני בית המשפט המחוזי בבאר שבע.

26. כיום תלוי ועומד פסק הדין הנ"ל בפני בית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות ערעור (רע"א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל).

27. בשאר תביעות הפינוי ניתן פסק דין בבית משפט השלום בבאר שבע ביום 27.10.2013 (ת"א 1769/08 מאוחד יחד עם 22 תביעות נוספות) הדומה במהותו לפסק הדין הנ"ל והמורה על פינוי הנתבעים. על פסק הדין הוגש ערעור (ע"א 12-13-24239) התלוי ועומד בפני בית משפט המחוזי בבאר שבע.

28. לפסק הדין הנ"ל שתי משמעויות לענייננו, אשר לגביהן נרחיב בהמשך: הראשונה, בעת הגשת הבקשות לצווי הריסה בשנת 2003, מעמדם של המבקשים היה של בני רשות אשר המדינה לא ביקשה לבטל עד אז ובטרם הגישה את תביעות הפינוי; השנייה, בתור מי שהתבקשו להתיישב באזור על ידי המדינה למשך עשרות רבות של שנים (מאז 1956), ובתור מי שלא נחשבו כמשיגי גבול או כמפרי חוק, מאחר והציפייה מהמדינה היתה כי עם המעבר יבנו המבקשים בתים ויתפתחו באזור, לא ניתן לבוא כיום ולטעון בדבר התקיימות האינטרס הציבורי שלפיו "חוטא לא יצא נשכר". המבקשים לא חטאו בכך שמילאו אתר הוראות המושל הצבאי ועברו לאזור נחל יתיר ובנו שם את כפרם. בנסיבות מיוחדות אלו, לא ניתן להתייחס אליהם כאל מי שפלוש לקרקע של המדינה ללא כל רשות וכמי שבנו ללא היתר. מה גם, השאלה אם הרשות שניתנה למבקשים הדירה היא אם לאו, הינה נשוא הערעורים התלויים ועומדים בפני בית המשפט העליון ובית המשפט המחוזי כיום, כפי שהוסבר לעיל.

## **ב. המצב התכנוני באזור**

29. באשר למצב התכנוני באזור הכפר, באפריל 2002, אושרה תוכנית המתאר המחוזית תמ"מ 4/14 שינוי מס' 27, על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה. על פי התכנית הנ"ל, האזור שבו מצוי הכפר מיועד להקמת יישוב בשם "חירן". באוגוסט 2004, התקבלה, על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, החלטה בדבר הפקדתה של תכנית מפורטת מס' 241/02/11 ליישוב "חירן" ואשר חלק ניכר מבתי הכפר נמצאים בתוך הקו הכחול של אותה תוכנית. לימים שונה מספר התכנית הנ"ל לתכנית מתאר מס' 107/02/15 הכוללת תכנית שלב א' ברמה מפורטת ישוב פרברי חירן, והיא הופקדה בפועל בחודש דצמבר 2010. התנגדויות אשר הוגשו לה על ידי תושבי אום אלחיראן נדחו בינואר 2012. כך גם נדחה עררם של המתנגדים בפני ועדת העררים שבמועצה הארצית לתכנון ולבניה.

30. בניגוד למצב התכנוני הנ"ל טענה המבקשת במסגרת בקשותיה למתן צווי הריסה מאוגוסט 2003, כי "האתר" איננו מיועד ליישוב (תצהיר המפקח אשר צורף לבקשות מתן צווי ההריסה).

31. לכן חשוב לציין, כי בית משפט קמא נפל לטעות עת קבע, כי המצב התכנוני, נכון למועד הגשת הבקשות למתן צווי הריסה, לא אפשר הקמת ישוב באזור (עמ' 15 לפסק הדין), וזאת בניגוד מוחלט למצב התכנוני על פי תכנית המתאר המחוזית הנ"ל, אשר צורפה לכלל תצהירי המבקשים אשר צורפו לבקשותיהם לביטול צווי ההריסה.

### ג. צווי הריסה אמורים להיבחן באספקלריה של המשפט החוקתית והמינהלי:

32. המבקשים יטענו, כי שגה בית המשפט קמא בכך שהתעלם מטענותיהם המקדמיות באשר להגנה מן הצדק ולהעדר תשתית עובדתית ושיקולים בלתי ענייניים בהחלטת המשיבה לפעול כנגדם על פי סעיף 212 לחוק. עוד יטענו המבקשים, כי שגה בית משפט קמא עת קבע, כי אין בידין לדון ולהכריע בטענות בעלות אופי מנהלי וחוקתי במסגרת הערעור בפניו. ובלשון ההחלטה:

”בעניין זה מקובלת כאמור, עלי קביעת בימ”ש קמא, ולפיה מדובר בטענות שטוענים המערערים כנגד המדינה, ובפועל רשאים המערערים לפעול בעניין זה אצל הגופים המתאימים ובערכאות המשפטיות המוסמכות. כן מקובלת עלי קביעת בימ”ש קמא שלא היה בידין במהלך בקשה לביטול צווי הריסה, לדון בטענות האמורות, שכן הטענות באות כנגד מעשה השלטון, וטענות שכאלה יש לברר בפני ערכאות וטריבונלים מתאימים.” (עמ’ 22-23 לפסק הדין).

33. המבקשים יטענו, כי החלטת המשיבה לפנות בבקשות להריסת בתי המבקשים, חייבת בין היתר להיבחן במסגרת המשפט המנהלי והחוקתי, בהיותה החלטה מנהלית שעליה חלים כללי המשפט הציבורי. עמדתו הנ”ל של בית המשפט קמא כי אין הוא חייב לדון בבקשות להריסה במסגרת המשפט המנהלי והחוקתי, עולה כדי השעיית תחולת המשפט המינהלי והחוקתי על נושא כה ציבורי הנוגע להמשך קיומו של כפר ומדיניות ההתיישבות אותה מנהיגה המשיבה. המבקשים יטענו, כי הבקשות למתן צווי הריסה כמו גם החלטות בית המשפט שניתנו בעקבותיהם מבוססים על תפיסה מוטעית של הנורמות המשפטיות המחייבות את הרשויות.

34. בית המשפט קבע כי משעסקין בחוטאים אשר בנו ללא היתר (קביעה אשר חולקים עליה המבקשים וכי התברר כבר שהם לא בבחינת פולשים), וקבע שזהו אינטירס ציבורי המצדיק את ההריסה בנסיבות העניין. ואולם, הוא נמנע כליל מהדיון בטיב ההחלטה האמורה להרוס ובאמות המידה הראויות שצריכות לחול עת מחליטה הרשות הרלבנטית להרוס כפר שהוקם ברשות המדינה ולבקשתה למשך כ-58 שנים על מנת לבנות במקומו ישוב לאוכלוסייה אחרת.

35. על הבקשות למתן צווי הריסה, חלים כללי המשפט המנהלי כגון ההגיונות המנהלית, דוקטרינת ההגנה מן הצדק וההשתק והעדר קיומה של תשתית עובדתית רלבנטית עובר לקבלת ההחלטה המנהלית. כפי שיפורט להלן, התשתית העובדתית המוכחת מובילה למסקנה, כי הבקשות למתן צווי הריסה הוגשו על מנת לפנות את אזור נחל יתיר, וזאת בכדי להקים באזור יישוב לא בדואי בשם ”חירן”.

36. לא זו אף זו, שהרי אם תאמר כי רשאית המשיבה להרוס כפר שלם ללא בחינת החלטתה האמורה במסגרת אמות המידה החוקתיות והמנהליות, תתקבל המסקנה כי החלטתה אינה נתונה כלל לביקורת שיפוטית. בעניין **מרכז הקבלנים**, קבע כבוד השופט (דאז) ברק, כי ”האקט המינהלי הוא אחד, והמשפט המינהלי הוא אחד, ובין אם המדינה פועלת במשפט הציבורי בלבוש של סמכות, ובין אם היא פועלת במשפט הפרטי בלבוש של הסכם, היא חייבת לפעול על פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן הציבור.” (בג”צ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ’ ממשלת ישראל פ”ד** לד(3) 725, 747 (1980)). כבוד השופט ברק קבע עוד בהקשר זה, כי חובות המשפט המינהלי חלות על כל פעולה סטטוטורית של הרשות השלטונית באשר היא. ”חובות אלו [של המשפט המנהלי] מוטלות על הרשות השלטונית שעה שהיא מפעילה סמכות סטטוטורית, וניתן לראות בהן עקרונות המגבילים – על פי כוונתה המשווערת של החקיקה – את



הסמכות עצמה. " (בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד לד) (3) 746, 725 (1980).

37. גישה זו מאמצת את הכלל לפיו עקרונות חוקתיים חלים על כל פעולה של השלטון, כולל החלטה לנקוט בהליכים משפטיים כלשהם כנגד אזרחים שווי זכויות ולבטל בכך רשות שניתנה להם לשימוש בקרקע למשך עשרות שנים (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 622 (1986); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817, 834 (2003); אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, נבו הוצאה לאור (2010), עמ' 280 - 283.

38. המבקשים יוסיפו ויטענו, כי חובה להתיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק אשר התפתחה במשך שנים רבות במסגרת הפסיקה בישראל ואשר לפיה "במקרה מתאים, שינסיבות העניין אינן מצדיקות העמדה לדין, או שיהמשך ההליכים יגרום לעוות דין לנאשם או שיניהול המשפט יהיה בלתי צודק בנסיבות העניין. [...] יפסיק בית המשפט את ההליכים המשפטיים במקרה שבו התנהגות הרשות היתה "בלתי ראויה במידה תמורה" [...] (זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42, 72 (2003)).

39. הפסיקה הנ"ל מעלה את חשיבות סוגיית עקרונות ההגנות בפעולות המינהל הציבורי ורשויות השלטון לאור הכוח הנמצא בידי שלטונות אלה אשר מעמיד אותן בעמדת עליונות על פני האזרח או הפרט (ראו לעניין זה: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 366-367 (1998)).

40. נוסף על כן, וברוח הדברים המובאים לעיל ובניגוד מוחלט לקביעת בית המשפט המחוזי, עוגנה זה מכבר על ידי בית משפט זה בפרשת **ניר עם כהן** "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים", שלפיה המקום להעלאת טיעונים במסגרת ההליך הפלילי נגד פגמים שנפלו בו מתחום המשפט המנהלי והחוקתי הוא ההליך גופו, שלא רק במסגרתה של טענת ההגנה מן הצדק, ואין שום הצדקה לפיצול ההליכים, ובלשון בית המשפט:

"על דרך השיגרה ובהיעדר טעמים מיוחדים, סבורים אנו כי דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו. קביעה זו נסמכת על מספר טעמים: ראשית, בדרך זו יימנע הצורך מפיצול הדיון ומניהול שני הליכים נפרדים סביב סוגיות קרובות. פיצול כזה לא רק שאינו רצוי משיקולי יעילות ומטעמי חיסכון במשאבים שיפוטיים, אלא שהוא אף עשוי לגרום לסחבת מיותרת ולהתמשכות בלתי סבירה של ההליך הפלילי (השוו וראו, ע"מ 3518/02 רגיבי נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים, פ"ד נו(1) 196)). שנית, לעיתים קרובות כרוכה השאלה המתעוררת באשר לחוקיות או לסבירות ההחלטה להגיש כתב אישום במחלוקות עובדתיות שונות. לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לבירור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק. שלישית, יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום. כך למשל, יכול הוא להורות על ביטולם של אישומים ספיציפיים או להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום" (בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית

בע"מ נ' מדינת ישראל/משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, פס"ד 5 לפסק הדין (6.2.2006); ראו עוד: רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א" הסניגור 190, 4 (2013); רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק ב" הסניגור 202, 4 (2014)).

41. חובות אלה חלים על ההליכים הנדונים שכן כבר נקבע כי כללי המשפט המנהלי חלים על שיקול דעתו של תובע, ובין היתר, "חייב תובע לקבל החלטתו מתוך שקילת הגורמים הרלוואנטיים וגורמים אלה בלבד. עליו לפעול בתום-לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות" (בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 508 (1990), ראו לעניין זה גם: בג"צ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, 138-139 (טרם פורסם, ניתן ביום 26.2.08)).

42. על מהותה של הביקורת השיפוטית הבוחנת את חוקיות פעולות המינהל עמד פרופ' ברק כלהלן:

"[...] עילות הביקורת השיפוטית הן כל אותם מעשים ומחדלים אשר עושים את התנהגות המינהל לבלתי חוקית. בין שאר עילות הביקורת ניתן להזכיר טעות בעובדה וטעות בחוק, שיקולים זרים ושרירות, [...] הפליה, חוסר סבירות וחוסר מידתיות" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 364 (2004)).

43. בענייננו, אמנם לבסוף דן בית המשפט המחוזי בטענות אלה "מעבר לנדרש", אך מחמת עמדתו העקרונית הנ"ל בעניין, דחה בית המשפט הנכבד את כלל הטענות במישור המנהלי והחוקתי וקבע, בין היתר, כי "כל צו הריסה מטבעו פוגע באופן מסויים בזכות קניינו של אדם, אך עובדה זו לא תמנע האפשרות מלהוציא צו הריסה למבנים שנבנו ללא היתר" (עמ' 24 לפסק הדין) וזאת מבלי שהפגיעה בזכויות החוקתיות נבחנה לפי נסיבותיו הייחודיות של המקרה דן ולפי מבחני המידתיות, כפי שאלה יפורטו להלן.

44. לסיכום סוגיה זו, המבקשים התבקשו להגיע לאזור בו בנו את כפרם על ידי המשיבה בשנת 1956, למבקשים ניתן סיוע כלכלי לחזור ולבנות את בתיהם אחרי סערה אשר גרמה להרס הכפר בשנת 97 על ידי המשיבה. כל אלה מונעים מהמשיבה לבוא היום ולהגיש בקשות לצווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק מה גם שלא קיים כל אינטרס ציבורי חיוני ומידי המצדיק את הפינוי.

#### **ד. העדר תשתית עובדתית ושיקולים בלתי ענייניים:**

45. המבקשים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משלא קיבל את טענתם כי החלטת המשיבה לנקוט כנגדם בהליכים על פי סעיף 212 לחוק, איננה נשענת על תשתית עובדתית רלבנטית ונובעת משיקולים בלתי ענייניים.

46. ההחלטה לנקוט בהליכים להריסת בתיהם של המבקשים לא נשענה על תשתית עובדתית רלבנטית וראויה. על אף שהשלכות ההחלטה הנדונה יכולות להיות הרוות אסון למבקשים, המשיבה לא עשתה בדיקה עניינית המתבססת על תשתית עובדתית ראויה עובר לקבלת ההחלטה. לא היה בפניה ממצאים עובדתיים ורלבנטיים אודות הצורך, אם בכלל, להרוס את בתי המבקשים. כך למשל העידו עדי המשיבה כי הם לא יודעים ממתי הכפר קיים וכי הם אינם יודעים אודות פרטי תכניות המתאר אשר מייצגות את המקום ליישוב.

47. העד מטעם המשיבה, מר אילן שגיא, מעיד:

ש. אתה יודע לפי פקיד ציבור חשוב בעל תפקיד חשוב זה הולך להרוס מבנים של כפר שתשתית עובדתית על הכפר צריכה להיות בפניך מונחת.  
ת. כן.  
ש. ידעת שהם התושבים במקום קיבלו אישור ממשלת ישראל ב- 56 להתיישב בישוב הזה.  
ת. לא. זה נודע לי בדיעבד. (ההדגשה לא במקור)  
\*\* פרוטוקול בית המשפט השלום מיום 8.1.2008 עמ' 74.

48. העד ממשיך ומבהיר, כאמור, שאף מידע לגבי תוכניות המתאר באזור לא היה בפניו:

ש. ידוע לך שישנה הצעת תכנון של כפר חירן באזור הזה?  
ת. אני לא עוסק בתכנון, אני לא יודע.  
ש. אני אומר לך שעל פי החלטה של הוועדה המחוזית לתכנון ובניה בשינוי 27 לתמ"מ 4/14 הוחלט להקים ישוב בשם חירן.  
ת. אני לא יודע. (ההדגשה לא במקור)  
\*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 8.1.2008 עמ' 80.

49. המסקנה החד משמעית מדברי מר אילן שגיא, אשר כיהן בזמנו המנהל היחידה לפיקוח על הבניה והחליט לגבי המבצע כנגד המבקשים, היא כי ההחלטה המתייחסת להריסת מתחם אום אלחיראן התקבלה מבלי לערוך בדיקה מקיפה ועניינית של העובדות הרלוונטיות בשטח ולעובדות המקצועיות הרלבנטיות באשר לתוכניות המתאר באזור.

50. המחדל של המשיבה מתייחס להיעדר בדיקה עניינית למסכת העובדתית שביסוד קבלת ההחלטה בדבר הגשת הבקשות למתן צווי ההריסה, הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בהחלטה החורצת את גורלן של מאות משפחות להרס בתיהם, להרס השקעותיהם הכלכליות, להרס חיי חברה ולהרס חייהם השבטיים תוך כדי פגיעה גורפת בזכויות קניין שלהם.

51. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מינהלית שהתקבלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, אלא על יסוד תחושה בעלמא, או משום שדעת הרשות נחושה להשיג תוצאה מסוימת ללא תשתית עובדתית ראויה, הינה החלטה שרירותית שדינה פסלות. בעניין החברה להגנת הטבע (עע"מ 9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, (5.5.2008)) ביטל בית המשפט העליון תוכנית מתאר לכביש מאחר והוועדה המקומית לא שקלה את הצורך בעריכת תסקיר כללי להשפעה על הסביבה והיות ואינטרסים סביבתיים לא באו לידי ביטוי בדיוני ועדות התכנון (ראו לעניין זה גם: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר המשפטים, פ"ד לו(3) 29, 48-49 (1983); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994)).

52. היות ועניין לנו באזור אשר אמור להיות מפונה מתושביו הערבים ולהיות מפותח כיישוב לאוכלוסייה אחרת על פי תוכניות המתאר, יפים לעניינינו הדברים שהובאו בבית המשפט העליון בעניין העיר אלעד, עיר חרדית חדשה שהוקמה במרכז הארץ, אשר 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 שנבחנו צרכיו של כלל הציבור. בית המשפט הבהיר בעניין זה כי יש בדבר משום "שימוש בלתי נאות במשאבי הציבור לטובתו של ציבור מסוים" (בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 518 (2000)).

53. הנה כי כן, החלטת המשיבה הינה שרירותית ביותר, מאחר ואינה נשענה על תשתית עובדתית ראויה ונתונים רלבנטיים המצדיקים את ההחלטה לפעול להריסת כפר אום אלחליראן אשר למעשה מביא לפינוי הקרקע מדייריה הערבים על מנת ליישב במקומם אוכלוסייה אחרת.

#### **6. היעדר התקיימותם של תנאי סעיף 212 לחוק במקרה דנו:**

54. המבקשים יטענו, כי על אף הדרסטיות שבסעיף 212 לחוק התכנון והבניה, בית המשפט המחוזי נקט בפרשנות רחבה ביותר לתחולתו וקיום תנאיו של סעיף 212 לחוק, ובכך הוא שגה, כפי שיפורט בפרקים להלן.

55. לא אחת פסקה ההלכה העליונה, כי דברי חקיקה שנולדו בטרם חקיקת חוקי היסוד יפורשו ברוח מעמדן ומהותן של זכויות אלו. בעניין **בן חור** (רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625, 645 (1997)), הדגיש בית המשפט שכלל פרשני זה חל על דיני התכנון והבניה. ראו לעניין זה גם: בג"צ 2390/96 **קרסיק נ' מדינת ישראל**, נה(2) 625, 712 (2001); בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 410-411 (1995); אהרן ברק **פרשנות חוקתית**, 561 (1994).

56. המבקשים יטענו כי היה על בית המשפט קמא ליתן פרשנות לסעיף החוק כפי שנקבע בפסיקה, לפיה קיימת חובה לתת פרשנות מצומצמת ודווקנית לתחולתו של סעיף 212 בעניינם. למותר להזכיר כי סעיף 212 לחוק הינו חריג בדין התכנוני, בשל הפגיעה האינהרנטית הכרוכה בהפעלתו. על כן, היה על בית המשפט לפרש את מכלול התנאים של הסעיף ולעמוד על תכליתו כפי שנקבעה על ידי המחוקק, וזאת לנוכח הפגיעה בזכויותיהם של המבקשים, ולדחות את בקשת המשיבה לקבל צווי ההריסה בנסיבות העניין. ראו דבריו של כבוד הנשיא (דאז) שמגר בעניין **ניימן**, כלהלן:

"הוראת חוק או הוראת פסיקה, הבאות להגביל זכות, אין מפרשים אותן באופן מרחיב וסוחף, אלא נהפוך הוא, פרשנותן הראויה היא מצמצמת ודווקנית" (ע"ב 2/84 **משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, לט (2) 225, 246 (1985))

#### **א. התנאי הראשון שבחוק- האם נעברה עבירה:**

57. המבקשים יטענו, כי שגה בית משפט המחוזי משקבע כי הם בנו את בתיהם בניגוד לחוק וללא היתר וכי הם לא טענו לטעות באשר לקביעות בית משפט השלום בדבר הרחבת חזית אסורה במסגרת סיכומים בפני בית משפט השלום. תחילה יצוין, כי במסגרת ערעורם בפני בית משפט קמא טענו המבקשים באופן מפורש כנגד קביעות אלה של בית משפט השלום (סעיפים 42 – 46 לכתב הערר בפני בית משפט קמא). בית משפט קמא קבע עוד בעניין זה, כי "מעבר לנדרש יצוין גם, כי בענייננו לא ניתן לקבל את טענת המבקשים כי עם מתן האישור בשנות ה-50 למבקשים לעבור ולהתגורר בשטח הנתון, נתנה גם המדינה אישור לבניית מבנים ללא היתר" (עמ' 6 לפסק הדין).

58. כאמור, המבקשים הקימו את כפרם ובנו את בתיהם בהתאם להוראות המדינה. כך נטען בבקשות המבקשים לביטול צווי ההריסה וכך נקבע מאוחר יותר על ידי בתי משפט השלום והמחוזי במסגרת תביעות הפינוי אשר עמדו בפניהם ואשר הוזכרו לעיל. במצב נתון זה, לא ניתן לייחס למבקשים בניה ללא היתר, שכן בקשת המדינה למעבר שבטם למיקום הנוכחי, כללה

בתוכה את ההסכמה וכמובן את הציפייה, כי אלה יבנו בתי מגורים ויחיו בהם עם משפחותיהם. כל מסקנה אחרת בעניין זה משמעותה היא כי הרשויות ביקשו כי המבקשים, יחד עם בני משפחותיהם יחיו משך עשרות שנים, ובהעדר תכנון מטעם המשיבה, תחת כיפת השמיים. במסקנה זו טמונה דה-הומיניזציה של המבקשים ובני משפחותיהם.

## **ב. התנאי בדבר איתור האחראים לבנייה:**

59. המבקשים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משקבע, כי המשיבה עשתה מאמצים סבירים לאתר את בעלי הבתים או המשתמשים בהם, ומשלא צלחה, הבשילו התנאים להגשת בקשות התריסה במעמד צד אחד ולמתן צווי ההריסה בהתאם.

60. אמנם בית משפט קמא קבע כי "נראה כי אכן אין חובה אינהרנטית להחיל סטנדרט שונה למאמץ לאיתור בעלי בתים, כאשר מדובר בבית אחד או במספר רב של בתים" (עמ' 14 לפסק הדין) אך יחד עם זאת יטענו המבקשים, כי לא די בהצהרות המפקחים, אשר צורפו לבקשות למתן צו הריסה ובעדויותיהם בפני הערכאה הראשונה כדי לבסס מאמץ סביר לאיתור בעלי הבתים לצורך הפעלת סעיף 212 הנ"ל.

61. בית משפט קמא סומך לעניין זה בעיקר על "מבצע הדבקות ההתראות" אשר לדבריו יצר "הדי" שלא אפשר לכל אחד מן המערערים בנפרד לטעון כי לא הובא לידיעתו דבר הדבקות ההתראות על המבנה השייך לו [...]". (עמ' 14 לפסק הדין). המבקשים יטענו לעניין זה, כי הודבקו, באותו "מבצע" התראות כלליות, עמומות ומעורפלות בערבית ובעברית, ללא כל פרטים מזהים של המבנה אליו מתייחסת ההתראה, ואין בכך בכדי לעמוד בתנאים שבסעיף 212(1) לחוק התכנון והבנייה. יתירה מזו, אין זה ראוי להתייחס להדבקות ההתראה כהזמנה שאי ההיענות לה יכולה להיות בעלת השלכות משפטיות כה הרות אסון כגון הריסת בתי המבקשים. כך, לא נכללו בהתראות תיאור של המבנים, מיקומם המדויק ונקודות ציון שלהם. בנוסף, אין ההתראות מפרטות שהן הליך מקדמי לבקשה על פי סעיף 212 לחוק ואין בהן פירוט לפעולות אשר רשאיות הרשויות לנקוט במידה ובעל המבנה לא יתייצב בפני המפקח. על כן שגה ביהמ"ש המחוזי בקובעו כי התקיימו החלופות (1) ו-(4) בסעיף 212 לחוק. ולפיכך, לא הייתה סמכות לביהמ"ש הנכבד ליתן צו הריסה על פי אותו סעיף, וממילא לא הייתה סמכות לביהמ"ש הנכבד ליתן צו הריסה, כאמור, במעמד צד אחד.

62. שגה ביהמ"ש קמא משלא בחן כל מבנה לגביו התבקש צו הריסה וכל מקרה באופן אינדיבידואלי. בית משפט קמא קבע לעניין זה "שגם אם הודו עדים שלא דפקו על דלתות הבתים בעת המבצע, עדיין לא היה בכך כדי להביא לקביעה שהמדינה לא עשתה את המאמץ לצורך איתור הבעלים או המחזיקים בנכס" (עמ' 11 לפסק הדין). עניין לנו בצווי הריסה אשר הוצאו כנגד בתים שונים ובגין כל בית הוגשה בקשה נפרדת.

63. התייחסות בית משפט קמא לכלל בתי המבקשים כאל בית אחד הינה בבחינת החדרת עקרון חדש שאינו נמצא בחוק לפיו מחיל בית המשפט תפיסה קולקטיבית כאשר החוק עצמו מתייחס למבנים פרטניים ולאישים אינדודואליים. תפיסה גורפת זו מתנגשת הזיתית עם מבחן המידתיות המחייב בדיקה פרטנית ואיתור פרטני והטלת עונש פרטני ולא קולקטיבי. בעניין חובת הבדיקה האינדבדואלית נגד בדיקה גורפת, קבע כב' הנשיא (דאז) ברק, כי:

"הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה (ראו N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, 30, (1996) 99; להלן – אמיליו). זוהי הגישה המקובלת בבית הדין האירופי לזכויות האדם. [...]

המשפט החוקתי האמריקאי מכיר בדרישת המידתיות במובן האמצעי שפגיעתו פחותה כתנאי לחוקתיותה של פגיעה בזכות יסוד. פגיעות בזכויות יסוד חוקתיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת, חופש התנועה, ואיסור ההפליה) עשויות להיות חוקתיות, ובלבד שתעמודנה בדרישות ה"ביקורת הקפדנית" (strict scrutiny). בין מרכיביה של ביקורת זו מצויה הדרישה לפיה, מבין הדרכים האפשריות להגשמת התכלית הציבורית, על המדינה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות היא המועטה ביותר (least restrictive) (ראו L. Tribe, American Constitutional Law (2<sup>nd</sup> ed. 1988), 1037-8, 1451-1482; E. Chemerinsky, Constitutional Law (1997), 532). בפרשו דרישה זו, קבע בית המשפט העליון כי תנאי לקיומה של דרישת הפגיעה המועטה ביותר היא שהפגיעה בזכות היסוד תהיה על בסיס בחינה אינדיבידואלית (individualized considerations), ולא תתבסס על איסור גורף (flat ban). [...] (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202, 65-66, (2006)).

64. דוגמא נוספת ניתן למצוא בפסק הדין בעניין עדאלה נגד שר הביטחון בו פסק בית המשפט העליון בעניין חוקתיות החוק אשר שלל את הזכאות להגיש תביעות נזיקין מתושבי השטחים הכבושים בגין פגיעה ברכושם או בגופם ע"י כוחות הביטחון. הנשיא בדימוס אי ברק קבע בפסקה 37 לפסק דינו, כי:

"אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של 'פעולה מלחמתית', תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת" (הדגשה לא במקור – בג"ץ 8276/05 עדאלה נגד שר הביטחון, (12.12.06)).

65. לפיכך, שגה בימ"ש קמא משקבע כי המשיבה עמדה בנטל הראייתי לצורך הוכחת עשיית מאמצים לאיתור בעלי המבנים, שכן נטל ההוכחה המוטל על המשיבה בהליכים כגון דא, שלפי מהותם הם מהווים דין פלילי, הוא כבד וקפדני.

66. בבקשה לקבל צווי הריסה מכוח סעיף 212 טענה המשיבה כי לא הצליחה "לאתר מי בנה את המבנה, בעל המבנה, שוכר שלו או משתמש בו". על סמך טיעונה זה קבע בית המשפט כי אכן לא היה ניתן לאתר את בעל המבנה ומכוח כך הוציא את צווי ההריסה לפי סעיף 212 לחוק. המבקשים יטענו כי המשיבה לא עמדה בנטל הראייתי כאמור לעיל לצורך הוכחת עשיית מאמצים לאיתור בעלי המבנים, ובכך נשמטת הקרקע עליה סומכת את התקיימותן של החלופות שבסעיף 212 לחוק. נטל ההוכחה המוטל על המדינה להוכחת מיצוי האמצעים הניתנים לה בחוק לזהות בעל הבניין המבקשת להרוס אותו, הינו נגזרת של תובתה לשמור על זכויותיו הפוטנציאליות של הנאשם להליך הוגן. כאמור, בדומה להליכים פליליים בהם מחויבת הרשות להוכיח את זהות העבריין מעבר לכל ספק סביר, כך נדרשת היא לפי עבירות על חוק התכנון והבנייה.

67. המבקשים יטענו, כי שגה בית המשפט המחוזי משקבע כי תביעות סילוק היד והפינוי אשר הגישה המשיבה בחודש אפריל 2004 כנגדם אינן סותרות את טענת המשיבה כי לא ניתן היה לאתר

את האחראים לבנייה ומבטלת אותה כליל, על רקע העובדה כי המשיבה פירטה בכתב התביעה את פרטי המתגוררים, מספרי זהות ומספרי הילדים בבתיים ופרטיהם המלאים. עובדה זו כשלעצמה מעידה כאלף עדים על כך שהמשיבה לא עשתה את כל שביכולתה בכדי לאתר את בעלי המבנים. יחד עם זאת, קבע בית משפט קמא בעניין זה, כי המנהל "לא התייחס בתביעות למבנה מסויים, אלא לתנאי שטח" (עמ' 13 לפסק הדין). תביעות הפינוי, כפי שאלה צורפו לתצהירי המבקשים, פירטו שטחים עליהם בנויים מבנים בשימוש הנתבעים בכל תביעה. בית משפט קמא בחר להתעלם מעובדה זו ולא ייחס לה את החשיבות המספקת והמתבקשת לענייננו.

68. המבקשים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משלא הסיק מעדויותיהם של עדי המשיבה לגבי מתדליהם של אלה למצות את האמצעים שברשותם לאיתור בעלי הבניינים. סימוכין למחדלים אלה ניתן למצוא בעדויותיהם של אנשי היחידה לפיקוח על הבניה משנחקרו לגבי מאמציהם לאתר את המשתמשים בבתיים או האחראים לבנייה. כפי שיפורט להלן, מעדויות המפקחים אשר פעלו בכפר אום אלחיראן, עולה חד משמעית, כי המשיבה לא עשתה מאמצים כלשהם בכדי לאתר את בעלי הבתים כנגדם הוצאו צווי ההריסה. המפקחים נכנסו לכפר לצורך פתיחת תיקים והדבקת התראות. ברוב המקרים המפקחים לא ניסו לדפוק על דלתות הבתים ולא ניסו לדבר עם בעליהם או מי שמתגורר בהם. בבתיים מהם יצאו נשים, המפקחים לא ניסו לדבר עם נשים אלה בטענה כי אין הם נוהגים לדבר עם נשים בדואיות. היכן שדלתות הבתים היו סגורות לא ניסו המפקחים לדפוק בדלתות ולדבר עם השוכנים. והיכן שהיה ברור כי לא נכחו אנשים בבתיים, לא ניסו המפקחים לחזור פעם נוספת על מנת לאתר את המתגוררים בהם. את מיעוט שאלותיהם הפנו המפקחים באופן אקראי לחלוטין כלפי אלה שהם ראו לגמרי במקריות בסביבת הכפר.

69. כך למשל, בעדותו, נשאל המנוח מר אילן שגיא, מנהל היחידה לפיקוח על הבנייה, ואשר היה ממונה על הליך פתיחת התיקים בעניינם של המבקשים, על מיצוי האמצעים מול רשויות אחרות בניסיון לאיתור בעלי הבניינים, כלהלן:

ש. האם ביקשת מידע ממינהל מקרקעי ישראל לפני שיצאת למבצע הזה שיעבירו לך אם יש בידי את השמות של האנשים לפי מקום מגוריהם.

ת. לא ביקשתי

ש. כאשר יצאתם למבנה, ניסיתם לפני כן להתקשר לאנשים לדבר איתם?

ת. לא

ש. האם ניסת לברר עם האנשים את עניין הבעלות של הבתים?

ת. לא

ש. כלומר לא יצרת קשר עם התושבים לגבי ההריסה?

ת. נכון" (ההדגשה לא במקור)

\*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 8.1.08, עמ' 75.

70. יתרה מכך, עדי המשיבה העידו על כך, כי בידי מינהל מקרקעי ישראל היה מידע לגבי בעלי המבנים באום אלחיראן וכי אלה יכלו לשייך אדם מסוים למבנים מסויימים. מידע זה שימש את המינהל לצורך הגשת תביעות הפינוי כנגד המבקשים ובני משפחותיהם. על כך העיד מר רם יחזקאל כלהלן:

ש: אתה פתחת ב.ש. בגלל שלא ידעת את הזהות של האנשים שמתגוררים במקום, בהליך אחר שמתנהל נגד הכפר הזה נפתחו תיקי

פינוי נגד כל האנשים בכפר ושם יש שם ותעודת זהות ושמות האנשים שמתגוררים בבית, בהנחה שמדובר בשני הליכים של מדינת ישראל נגד האנשים מה היתה המניעה ללכת כמו שהלכו אחרים וזיהו את האנשים? [...]

ת: מה שידוע לי ב- 2003 המינהל לא עשה שם כלום, פתחנו תיקים ב- 2003. מהידיעה שלי המינהל לא פותח ספציפית למבנה ומבנה הוא לוקח ראש משפחה ומסמן את השטח שלו, על סמך תא שטח שכולל עשרות מבנים על סמך זה הוא מגיש. התבקשתי להשוות בין התביעה של המינהל לתביעה שלנו. יש לי פה תצלומי אוויר שהמינהל הפיק, שעל כל פוליון עשו השוואה, תחמו אותו בגבול ויודעים שכל המבנים שייכים לאדם מסויים.

ש: איך קישרו בין אבו לגיען עלי לבין התצ"א הזאת?

ת: תשאל את אותו מפקח של הסיירת הירוקה שהכין את אותו מסמך. (ההדגשה לא במקור)

\*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 24.2.2009, עמ' 125-126.

71. לאור העדויות המרכזיות הנ"ל, יטענו המבקשים, כי ברור הוא שהיכן שההליך המשפטי מחייב זאת, דאגה המשיבה לפעול לזיהוי המבנים או מספר מבנים לאדם ספציפי. דהיינו, היה ביכולתה של המשיבה להשיג את המידע הנחוץ לזיהוי בעלי המבנים המבוקש הריסתם ללא כל קושי, אם בכלל. על אף זאת, בחרה המשיבה לפעול בדרך שבה פעלה, תוך כדי שלילת זכותם של בעלי המבנים להליך הוגן.

72. על המחדלים וחוסר המעש של המשיבה, ניתן ללמוד גם מדברי הפקחים שביצעו בפועל את הליך פתיחת התיקים. מדבריו של מר אבי לוי, ששימש כמרכז פיקוח מושבים ביחידה לפיקוח מושבים ביחידה לפיקוח על הבנייה, בעדותו מיום 5.4.2009 עולה כי הנ"ל ביקר פעם אחת בלבד בשטח, לפני שחזר יחד עם יתר המפקחים להדבקות צווי החריסה, כדלקמן:

ש. לגבי המבנה נשוא הבקשה הזו אתה אומר שהיה מאוכלס

ת. כן

ש. איך ידעת

ת. אנשים נכנסו ויצאו מהבית היתה פעילות סביב הבית, אתה רואה ילדים נשים, הדלת פתוחה אנו לא נכנסים פנימה ולא מדברים עם נשים בגלל הכבוד אליהם.

ש. אני מבין שאתה לא ניסית להכנס פנימה

ת. לא

ש. אני מבין מדברייך שמטעמי כבוד לא דיברת עם הנשים

ת. כן

ש. רוב בני אדם שראית היו נשים?

ת. אנו ראינו נשים וילדים הגברים שהיו שם שניסינו לתשאל אותם, זה היה לפני מספר שנים, גם נשים וגברים וניסינו לשאול אותם לגבי המבנה ואחרים לא רצו לדבר איתנו ולא ענו לשאלות והיה קשה לזהות מי הוא בעל המבנה הספציפי.

ש. לסכם – לא היה דיבור עם האנשים לגבי המבנה הזה

ת. לגבי גברים היה ניסיון ועם נשים אנו לא מדברים,

ש. מה היה הניסיון

ת. הגברים שהיו באיזור ניסינו לברר של מי שייך הבית, איזה אדם שנוכל לנהל מגעים שנברר מה יעלה בגורל אותו מבנה.

ש. אתם לא נכנסתם לבית אבל הדבקתם

ת. הדבקנו התראה על גבי קיר חיצוני או דלת, בסמוך לפתח הבית.

ש. בכך הסתיים התפקיד לגבי המבנה

ת. פחות או יותר כן

ש. לא חזרת למבנה?



ת. יתכן שחזרתי כדי להדביק צו הריסה – אני אומר כנראה כי הדברים מאוזן דינאמיים יתכן שבאותו יום שבאתי להדביק לא התכוונתי להשתתף ויתכן שכן ויתכן שלא.  
 ש. אני מבין מדברך שבתקופת הביניים בין הדבקות התראה להוצאת הצו לא ביקרת במקום ואם ביקרת זה לעניין הצו  
 ת. נכון  
 ש. לא נפגשת עם מישהו שהיה בבית  
 ת. הדבקות ההתראה שפתחנו התיקים היתה שאותם אנשים שגרים בבית יגלו אחריות על המבנה היו צריכים לפנות אלי שיתנו גירסתם לגבי אותה מבנה והזדמנות זו ניתנה להם והם בחרו שלא לעשות זאת ולכן לא יצא לי להפגש עם המשתמשים במבנה. (ההדגשה לא במקור)  
 \*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 5.4.09, עמ' 138 - 139.

73. עד אחר ששימש כפקח ביחידה על הבניה במשרד הפנים מחוז דרום, מר ניר ביתן, חזר על אותם הדברים בתקירתו מיום 5.4.2009 בפני בית המשפט, כלהלן:

”ש. נפגשת עם אנשים  
 ת. אני לא נפגשתי לא יצא לי לשוחח עם מישהו  
 [...]
 ש. הבית לא היה מאוכלס  
 ת. לא יודע לא נכנסתי פנימה  
 ש. בתצהיר כתוב שהוא היה מאוכלס  
 ת. לא אמרתי שהבית היה ריק, אמרתי שלא היו אנשים במקום.  
 ש. מה ז"א?  
 ת. בזמן פתיחת התיק לא היו אנשים במקום.  
 ש. אני מבין שמטעמי כבוד לא נקשתם בדלת נכון?  
 ת. נכון.  
 ש. וגם באותן פעמים אתה לא צעקת ולא קראת בקול רם יש אנשים בבית  
 נכון?  
 ת. נכון  
 [...]
 ש. אחרי שהדבקות ההתראה הסתיים המבצע, חזרת למקום?  
 ת. חזרנו להדביק את הצוים אני חושב.  
 ש. כלומר מיום הדבקות ההתראה עד יום הצוים לא ביקרת את המבנה  
 הזה?  
 ת. אני לא. (ההדגשה לא במקור)  
 \*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 5.4.09, עמ' 140 - 142.

74. מעדויות הנ"ל עולה כי המסקנה האחת והיחידה היא שהמשיבים לא פעלו לפי המתחייב על פי החוק ולכן שגה בית משפט קמא משלא הסיק, כי מדבריהם של העדים לעיל נוכחת מגמה אצל כלל הדרגים המעורבים בעניין הריסתו של כפר אום אלחיראן, של חוסר התייחסות רצינית לאנשים המצויים במקום, התעלמות מהתושבים שנכחו באותו ביקור יחיד שערכו בכפר. בנוסף, עולה כי הפקחים לא התאמצו ולא נקטו בכל האמצעים החוקיים שיש בידם לאיתור בעלי הבתים.  
 75. יתירה מכך, ניתן להבחין בבירור כי הפקחים לא הונחו ולא פעלו בהליך איתור הבעלים, לפי אמצעים אובייקטיביים, אלא לרוב פעלו בהתאם לדעות קדומות והנחות סובייקטיביות של כל אחד מהם. על עניין זה ניתן לדלות מעדותו של מר חזי כהן בתקירתו בפני בית המשפט ביום 5.4.2009, כלהלן:

”ש: אז אני מבין שבמסגרת המבצע הגעת למקום, זיהית את המבנה  
 המיועד והדבקות את ההתראה?  
 ת: כן.  
 ש: איפה הדבקות את ההתראה?”

ת: מצד ימין של הדלת בקיר החיצוני כפי שמופיע בתמונה.  
 ש: כלומר אני מבין מהדברים שלך שלא מצאת אף אחד בבית נכון?  
 ת: לא נכנסתי לתוך הבית. אני מתאר לעצמי שאם היו אנשים בתוך הבית והיה רעש כל אדם היה יוצא מהבית לראות מה קורה מסביב. כל אדם בר זעת היה יוצא החוצה לראות מה קורה.  
 ש: אז אני מבין שלא דפקת על הדלת ולא בדקת?  
 ת: לא.  
 ש: אני מבין שאתה באופן רשמי לא נסית לבדוק אם יש אנשים בתוך הבית אלא הנחת שעצם קיומו של המבצע והרעש הוא כשלעצמו מעיד שאין אנשים בבית כי אף אחד לא יצא?  
 ת: המשפט שלך לא ברור.  
 ש: אתה אמרת שלא דפקת בדלת ואתה גם לא ביצעת קריאה ולא שאלת אם יש מישהו בבית.  
 ת: נכון, לא עשיתי זאת.  
 ש: והנחת שאין אנשים בבית כי אף אחד לא יצא ממנו באותו רגע.  
 ת: נכון. וזאת מנסיוני הרב שבכל מקום במגזר הבדואי שאני מגיע אליו, ברוב המקרים אנשים יוצאים מהבית בשל הרעש. לא נתקלתי בבית שאנשים נשארו בו. (ההדגשה לא במקור)  
 \*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 5.4.09, עמ' 135 - 136.

76. לאחר הדבקות ההתראות, ולאחר שלא היה ניסיון, באותו מעמד, לאתר את בעלי הבתים, ממשיך מר חזי כהן ממשיך ומעיד, כי בזה הסתיים מבצע פתיחת התיקים וכי לא היו ניסיונות או מאמצים מאוחרים יותר לחזור לכפר ולנסות לאתר את בעלי המבנים. וכך מעיד מר חזי כהן:

ש: אתה הסתפקת בהדבקות ההתראה ותפקידך לגבי המבנה הסתיים נכון?  
 ת: במקרה זה נכון, מאחר ויש מפקח אחראי שזה שטחו.  
 ש: אתה אישית ראית שבכך הסתיים התפקיד שלך? (אחראי על הוצאת הצו ולפנות לבית המשפט וכו')...?  
 ת: נכון.  
 ש: לא חזרת למבנה שוב נכון?  
 ת: יכול להיות שחזרתי עם המטפל באופן כללי, אך באופן כללי מי שטיפל בתיקים שנפתחו באותו מקבץ, אותו מפקח אחראי.  
 ש: ואתה אישית לא זוכר שאכן חזרת לאותו מבנה וביקשת לברר אם יש בתוכו אנשים, כלומר לדפוק על הדלת שלהם.  
 ת: לא זכור לי. (ההדגשה לא במקור)  
 \*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 5.4.09, עמ' 136.

77. ולעניין זה מעיד המפקח מר פרטוש מטעם המשגיבה:

ש: אני מבין שלא נכנסת לתוך הבתים הללו?  
 ת: אני לא זוכר שנכנסתי לתוך הבתים.  
 [...]
 ש: את מי פגשת לגבי כל אחד מהבתים?  
 ת: אני לא זוכר.  
 ש: זכור לך שנפגשת עם אנשים?  
 ת: לא זכור לי שנפגשתי עם אנשים אבל אני זוכר שהיו ילדים באזור.  
 [...]
 ש: ראית מבוגרים באותו יום?  
 ת: אולי נשים, אבל אני לא בטוח. לא יכול לזכור דבר כזה.  
 ש: ניסית לברר עם נשים, ילדים, שכנים, שפגשתי? אתה מדבר על מבצע וכשהולכים אנשים מתאספים?  
 ת: אני באופן אישי לא דיברתי עם אף אחד שם. ראיתי נשים שנמצאות באזור. נשים אני כמעט בטוח שראיתי וילד אחד.  
 \*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 8.4.2010, עמ' 6-7.

78. לא זו אף זו, אף לגברים אשר נכחו בשטח לא פנו המפקחים לקבל מידע כלשהו בניסיון לזיהוי בעלי המבנים. על כך העיד מר רם יחזקאל בחקירתו החוזרת:

”ש: שראיתם גברים בשטח שבאתם ופתחתם איזה פעולות עשיתם?  
[...]

ת: כן.

ש: מה עשיתם שראיתם את הגברים האלו?  
[...]

ת: הגברים, אני לא זוכר אם זה היה אחד, היו ממש בודדים לא יצא לי ליצור אתם קשר, כי הגברים שראיתי בזמן שהגענו ליוו אותנו מהסקרנות במהלך פתיחת התיקים הם לא היו איתי ולא היה לי צורך לשאול אותם שאלות, הם לא היו איתי.”

\*\* פרוטוקול בית המשפט מיום 24.2.2009 עמ' 129-127.

79. זאת ועוד. נוכח מהותו של הליך איתור בעלי בניינים, שהינו דבר דינאמי ותלוי נסיבות, החזקה היא כי ניתן לפקחים שיקול דעת בביצוע עבודתם. אך דברי הפקחים בענייניו של הכפר מעלים כי הם הונחו שלא להפעיל את שיקול דעתם במקרה זה. להלן דבריו של העד מר עלי פרטוש, שפעל כמפקח מטעם משרד הפנים, בחקירתו בפני בית המשפט ביום 8.4.2010, כלהלן:

”ש. כדי שמישהו יזדהה כבעל בית את צריך לדפוק בדלת?

ת. נכון, אבל אני אומר עוד משהו, היינו שם במבצע מאוד מאוד גדול. היום הזה הוא יום שדיברו עליו בכל המגזר הבדואי, לא רק שם, ז"א שכולם ראו אותנו וידעו עלינו ואם יש אנשים שמסתתרים בתוך הבית לא אחפש אותם בכוח. אתה משאיר התראה על הדלת על מנת שיצרו איתך קשר. זו העבודה שלנו.

ש. תפקידך הוא ביצועי גרידא להדביק או שיש שיקול דעת?  
ת. יש שיקול דעת בכל עבודה.

ש. מה מרחב שיקול הדעת שהיה לך במקרה הזה?

ת. במקרה הספציפי הזה לא היה לי שיקול דעת, רק לממונה באותה תקופה היה שיקול דעת ביום הזה ופעלנו על פי החלטתו.

ש. אז זה כן מקרה מיוחד?

ת. במקרה הזה כן.”

\*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 8.4.10, עמ' 7-8.

80. לאור המקובץ לעיל בעדויות הפקחים שהיו מעורבים בהליך "איתור" בעלי הבתים מושא הבקשה דנן, עולה מגמה ברורה הנעדרת כל כוונה אמיתית ורצינית לאיתור וזיהוי בעלי הבתים: הפקחים תיארו מצב הגובל לדמיון של יישוב "ריק" שלא היה בו עם מי לדבר; נעשה ביקור אחד לכפר בטרם חזרו הפקחים מצוידים בצווי ההריסה; לא נעשו ביקורים נוספים במועדים שונים; לא הפעילו הפקחים שיקול דעת בהתאם לנסיבות על מנת לייעל את הליך איתור הבעלים, וזאת על פי הנחייה של הממונים עליהם; ההליך מתואר כהליך בלתי מקצועי הנסמך על הנחות ודעות קדומות וסובייקטיביות של הפקחים ושל הממונים עליהם. שגה בית המשפט קמא משלא הסיק את המסקנות הנ"ל מעדויות עדי המשיבה המפורשות בעניין מחדליהם באיתור בעתי הבתים או המבקשים.

81. יתרה מכך, המפקחים תיארו מצב בו לא דיברו עם נשים מחמת כבוד; לא התלוו לצוות המפקחים נשים בכדי שיוכלו להתגבר על "בעיית" אי יכולת ההידברות עם נשים; הפקחים לא טרקו על דלתות בתים סגורות בניסיון לדבר עם המתגוררים בהם; שאלות הופנו, אם בכלל, באופן

אקראי לאנשים שהתקבצו מסביב לפקחים ואנשי המשטרה ובשפה העברית מבלי לוודא כי אנשים אקראיים אלה אכן הבינו את השפה ולאנשים שנשאלו באופן אקראי לא הוסבר מה מטרת התשאול והחקירה.

82. ודוק, ההתייחסות של המבקשים בבקשה זו כמו גם הערעור בפני בית המשפט המחוזי, לעדויות הנ"ל אינה נוגעת לסוגיית האמון בעדים ובמהימנות עדותם אלא במסקנות הלוגיות והמשפטיות העולות מעדויות אלה. שכן אין מחלוקת משפטית שלא נעשה מאמץ רציני לבדוק את המקרים באופן אינדודואלי, וגם אין מחלוקת אודות תוכן העדויות האלה, לכן ערעור זה אינו מעלה בפני ערכאת הערעור את סוגיית מהימנותם של העדים אלא מהן המסקנות המשפטיות העולות מהן ומהן הנפקויות לכך.

83. לאור כל המקובץ לעיל, יטענו המבקשים כי המשיבה לפי דבריה היא מפי עדיה לא ניסתה לאתר את כל הבתים של המבקשים והמסקנה המשפטית של בית המשפט המחוזי שלפיה אין צורך באיתור אישי של בתי המבקשים אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ובכל מקרה המשיבה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר את קיומה של העילה של חוסר יכולת להוכיח את זהות האחראים לעבירת הבנייה ביחס למבנים נשוא הבקשה. יתירה מכך, יטענו המשיבים שעדויות הפקחים והממונים על התיקים שנפתחו כנגד בתיהם, מעלים חשד כבד כי המשיבה מנצלת לרעה את אפיק ההריסה לפי סעיף 212 לחוק, השמור למקרים קיצוניים בלבד ולאחר שמוצו כל האפיקים האחרים, וזאת בכדי ללחוץ על המבקשים ובני משפחותיהם לנטוש את מקום מגוריהם זה כ-58 שנים.

84. יתרה מזו, המבקשים יטענו, כי שגה בית המשפט המחוזי משדחה את טענתם בדבר אופציית הדבקה העתק הבקשה לצו הריסה יחד עם הזמנה לדין על הבניין שהריסתו מבוקשת, ובכך ליתן הזמנה לבעלי הבתים לבוא ולהתגונן בפני הוצאת הצווים כנגדם.

85. סמכותו של בית המשפט הדין בבקשות על פי סעיף 212 לחוק לדרוש, כי העתק הבקשה למתן צו ההריסה יחד עם הזמנה לדין, תודבק על המבנה מושא הבקשה מבעוד מועד, כדי ליתן אפשרות לבעלי הבניין לבוא ולהתגונן מפני הוצאת צו הריסה כמבוקש. עניין זה מקבל משנה חשיבות לאור העובדה, כי צו הריסה הינו צו דרסטי במהותו והשלכותיו על בעלי הבתים והמתגוררים בהם הנה גורלית. המשפחות המתגוררות בבתים אלה עלולות לאבד את קורת הגג היחידה שלהן ועלולות למצוא את עצמן מתחת לכיפת השמיים.

86. אמצעים אלה מתבקשים הם מפרשנות התכליתית של סעיף 212 לחוק, ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה, כל פגיעה בזכות יסוד אמורה לעמוד במבחן המידתיות. בענייננו, אי נקיטת כל אמצעים לאיתור בעלי הבניין המבוקש הריסתו הופכת את החלטת בית המשפט הנכבד כלא מידתית, בייחוד כאשר זו ניתנת במעמד צד אחד.

לעניין פרשנותם התכליתית של חוקים לאחר חקיקת חוקי היסוד ראה: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (4.5.2006).

87. המבקשים יטענו, כי היות והוגשה לבית המשפט קמא בקשה למתן צו הריסה במעמד צד אחד, היה על בית המשפט הנכבד לנקוט בכל האמצעים על מנת לזמן את בעל הבניין המבוקש הריסתו או לוודא, כי ננקטו כל האמצעים לעשות כן. אין מקום, בנסיבות העניין, להסתפק בהצהרה מטעם מי מפקידי הפיקוח, כי לא יכול היה לאתר את בעל הבניין, אלא עליו לפרט ולהוכיח, כי עשה את כל שביכולתו ונקט בכל האמצעים הדרושים לאיתור בעל הבניין.

88. שגה ביהמ"ש המחוזי משלא העמיד את התנהלות המשיבה במבחני הסבירות והמידתיות, בענייננו, אי נקיטת כל האמצעים לאיתור בעלי הבניין המבוקש הריסתו הופכת את החלטת ביהמ"ש הנכבד ללא מידתית ולבלתי סבירה בייחוד כאשר זו ניתנת במעמד צד אחד מבלי לזמן את בעלי הבניינים, במיוחד כאשר מדובר בצו הריסה כה דרסטי במהותו והרסני בהשלכותיו על בעלי הבתים והמתגוררים בהם, שכן המשפחות המתגוררות בבתיים אלה עלולות לאבד את קורת הגג היחידה ועלולות למצוא עצמן מתחת לכיפת השמיים.

### **ג. התנאי השלישי – העדר אינטרס ציבורי המצדיק הריסה לפי סעיף 212 לחוק:**

89. המבקשים יטענו, כי שגה בית משפט קמא עת קבע, כי התקיים אינטרס ציבורי המצדיק את הריסת בתי המבקשים על פי סעיף 212 לחוק. בית משפט קמא קבע כי "יש לראות במערערים כפולשים שלא כדין למקרקעין" (עמ' 16 לפסק הדין), ובבניה בכפרם כבניה רחבת היקף ללא היתר, דבר המשכלל אינטרס ציבורי למתן צווי הריסה לפי סעיף 212 לחוק. ובכך שגה בית משפט קמא.

90. דבריו הנ"ל של בית משפט קמא אינם ישימים בנסיבות העניין של המבקשים. כאמור, אין מחלוקת וקיימת בעניין זה קביעה משפטית, כי כפרם הוקם בעקבות הוראות של המדינה. אמנם בית משפט קמא מתייחס בפסק דינו לקביעות הנ"ל, אך בד בבד קובע כי "עדיין מדובר במערערים שנקבע ששיבתם במקרקעין נשוא הדין אינה כדין." (עמ' 17 לפסק הדין).

91. יתרה מכך, אף בהנחה שהמבנים מושא בקשה זו, נבנו ללא היתר ובניגוד לחוק, הרי עובדה זו אינה מצדיקה כשלעצמה הריסה מכוח סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה. לעניין מהותו של האינטרס הציבורי הניצב כתנאי מתנאי סעיף 212 לחוק, ואופן הוכחת אינטרס זה, ראו דברי בית המשפט בעניין כדר, כלהלן:

"הלכה פסוקה היא כי על הרשות להוכיח, לצורך מתן צו הריסה מכוח סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, שבנסיבות המקרה מתעורר עניין ציבורי חשוב בהריסת המבנה שנבנה ללא היתר ואילו למתנגד לצו תינתן הזדמנות לשטוח את השיקולים להתנגדותו. נטל הוכחה זה נקבע מתוך ההבחנה בין צו הריסה מכוח סעיף 205 שעניינו השבת המצב לקדמותו והריסת המבנה לבל ייצא חוטא נשכר, לסעיף 212 שעניינו הסכנה או המטרד הטמונים במבנה עצמו, הואיל שהוא אינו גורר בעקבות הפעלתו הרשעה פלילית. היינו, ככלל השיקול העומד לנגד בית המשפט במתן צו הריסה מכוח סעיף 212, יהיה הסכנה או המטרד הטמונים במבנה עצמו, במנותק משאלת אתריותו הפלילית של המתנגד להריסה." (ההדגשה לא במקור - ע"פ 8338/09 כדר נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (31.1.2010). ראו לעניין זה גם: רע"פ 124/01 ניקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 151 (2002); ע"פ 3490/97 יצחק נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה כפר סבא, פ"ד נב(1) 136, 141 (1998)).

92. פרשנותו הנ"ל של בית משפט קמא מרוקנת מתוכן את הוראת סעיף 212, מחטיאה את מטרת המחוקק והופכת כל בנייה "ללא היתר" למותרת להריסה מכוח סעיף 212 המהווה חריג המופעל במצבים מיוחדים בלבד ובכפוף לתשתית עובדתית מוכחת (ע"פ 3490/97 יצחק נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה כפר סבא, פ"ד נב(1) 136, 141-142 (1998)).

93. אין בתי המבקשים מהווים מטרד ציבורי, אין כל סכנה הנשקפת מבתיים, ומשך הזמן שחלף מאז נבנו בתיים אלה, מטה את הכף כנגד מתן צווי ההריסה. בנוסף, יטענו המבקשים כי עצם

שימושם בבניינים מושא צווי ההריסה כבנייני מגורים, מתיישב היטב עם האינטרס הציבורי המשתקף ביעוד השטח כשטח מגורים על-ידי רשויות התכנון, כפי שהוכח בפני בית משפט קמא. למעלה מזאת, יטענו המבקשים כי נסיבותיהם האישיות וההיסטוריה של הכפר אום אלחיראן מהוות כשלעצמן אינטרס ציבורי רם מעלה השקול כנגד הריסת הכפר ומחיקתו כליל.

94. יוזכר שוב, כי הצגת המצב התכנוני בכפר במסגרת בקשות הריסה מושא הערעור, היה מוטעה. כך גם הצגת המבקשים כלא בני רשות בקרקע. בבקשות למתן צווי ההריסה נטען, על ידי המשיבה, כי "מדובר [במבנים] המיועדים לשמש למגורים [ונבנו] באתר שאיננו מיועד ל"שוב" וכי "[המבנים נבנו] באתר שהתכנון לגביו הוא יעור לפי תמ"מ 4/14". מסקנתו של בית המשפט קמא בעניין זה, כי נכון לעת הגשת הבקשות למתן הצווים מושא הערעור שהונח לפניו, המצב התכנוני באזור לא איפשר הקמת ישוב, איננה נכונה נוכח הראיות אשר הובאו בפניו לגבי אישור שינוי לתוכנית מתאר המחוז המייעד את האזור להקמת ישוב עוד בשנת 2002.

95. בבקשות למתן צווי הריסה, לא צויין, כי האזור אכן מיועד לשוב על פי שינוי מס' 27 לתוכנית מתאר מחוז באר שבע תמ"מ 4/14 הני"ל, וכי הכפר קיים מאז שנת 1956 לפי פקודות של המושל הצבאי באזור. שכן גילוי האמת לבית המשפט היה שומט את הבסיס המשפטי להוצאת צווי ההריסה המיוחלים.

96. המבקשים יטענו, כי שגה בית המשפט קמא, עת קבע, כי ישימות בענייננו החלטות בית משפט נכבד זה אשר ניתנו במסגרת רע"פ 4358/06 אהרון זריס נ' מ.י. – עיריית הרצליה (פורסם בנבו), וכן רע"פ 3407/03 אופיר ירושלמי נ' מ.י. (פורסם בפדאור), ולפיהם פלישה לקרקע ציבורית ובנייה ללא היתר בה מצדיק מתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק (עמ' 17-18 לפסק הדין). כאמור לעיל, אין מחלוקת כבר בין הצדדים ועל סמך קביעות משפטיות, כי תושבי הכפר אום אלחיראן, כולל המבקשים, הינם בני רשות במקרקעין, לא מכוח הזקה ארוכת שנים בלבד, אלא לבקשת מדינת ישראל אשר ביקשה להעבירם לאזור בשנת 1956. בנסיבות אלה, בהן נצטוו הממבקשים לעבור להתגורר באזור בו הם שוכנים עד היום, על ידי המדינה, לא ניתן לטעון ולקבוע, כי הם נמצאים על הקרקע באופן בלתי חוקי וכי הבניה בכפר היא בלתי חוקית.

97. כל אשר עשו המבקשים, או אבותיהם, הוא ציות להוראות המדינה. ובאם בכך הם חטאו וכעת הם לא יכולים לצאת "נשכרים", אזי מתקיים כאן עיוות דין.

98. זאת ועוד, המבקשים יטענו, כי חלוף הזמן מאז הוקם הכפר ונבנו בו הבתים שקול כנגד בקשות המשיבה להרוס את הכפר, וזאת לנוכח העובדה שלא התרחש שום אירוע דרסטי ולא אירעו שינויים בענייניו של הכפר שיכולים להצדיק הריסה רחבת היקף כמות זו שהמשיבה מבקשת. המשיבה כאמור, לא הוכיחה ואף לא טענה לשינוי כלשהו המצדיק את בקשתה להרוס את כפר המבקשים, במיוחד לאור העובדה שהיא ידעה על דבר קיומו; היא אחראית על מיקומו, וזאת לאחר שהמבקשים והוריהם נתבקשו בשנת 1956 לעבור למקום הנוכחי על-ידי המושל הצבאי; והיא זאת שיזמה בזמנו להושיט יד ולעזור למבקשים לשקם את כפרם לאחר הסופה שפקדה אותו בשנת 1997 וגרמה לשיטפון שהרס חלק גדול מהמבנים בכפר.

99. לאור האמור לעיל, המבקשים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משלא ביטל את צווי ההריסה בהעדר שינוי נסיבות חריג ומיוחד המצדיק, מעבר לכל ספק סביר, הריסתו של הכפר מכוח סעיף 212 לחוק. יצויין, כי שינוי נסיבות חריג לא נטען כלל על ידי המשיבה.

100. וכאמור, שגה בית משפט קמא משקבע, כי בעת הגשת הבקשות למתן צווי ההריסה בשנת 2003, יעודו של השטח האמור לא היה למגורים, ובכך התעלם כליל מתוכנית 4/14 שינוי מס' 27 המייעדת את האזור לישוב פרברי ואשר אושרה ב- 2002, כפי שפורט לעיל. כאמור, המבקשים הציגו במסגרת ראיותיהם את תמ"מ 4/14 שינוי מס' 27 המייעדת את השטח עליו שוכן הכפר, למגורים ולא לייעור כפי שטענה המשיבה.

101. יודגש שוב, כי המידע התכנוני הקשור לגיבושו של האינטרס הציבורי העומד כתנאי להפעלת סעיף 212 לחוק, לא ניצב כנגד עיני הממונים על קבלת ההחלטה לפתיחת תיקים והגשת בקשות מכוח סעיף 212 לחוק. דברים אלה התגלו בבהירות בעדויותיהם של העדים שנשאלו על כך בפני בית המשפט.

102. דברים אלה מקבלים משנה חומרה נוכח העובדה כי זה שיצאו מפיו, אינו אחר אלא האחראי והממונה הראשי על קבלת ההחלטה להרוס את הכפר, וכן על ביצועה, כפי שעולה מדבריו של המנוח מר אילן שגיא, בעדותו מיום 8.1.08, כלהלן:

ש. אני מניח שאתה אומר את אומר את זה בנקודת מוצא שבגלל שמדובר במעמד צד אחד שהידע הבסיסי הגרעיני יהיה בפני בית המשפט כדי שהוא ישתמש בשיקולו הראוי.

ת. נכון.

ש. ואז אתה מרגיש שאכן אתם משרד הפנים הצגתם את העובדות לאישורן

ת. נכון.

ש. זה מצב שונה מאשר מבנה ברחוב קטן שהבעלים שלו לא יודעים ששם אפשר לציין שמדובר במבנה לא ידוע. במקרה הזה אתה אומר שעדיף ורצוי תשתית עובדתית

ת. תמיד רצוי.

ש. כשיצאתם למבצע האם היתה החלטה של הממשלה. ידוע לך על החלטה של הממשלה.

ת. לא, אנחנו לא מקבלים החלטות ממשלה על כל מבצע.

ש. האם היתה החלטה בעניין של המבצע כתובה בדרג הבכיר של משרד הפנים שנמסרה לך לפני שיצאת למבצע?

ת. לא עד כמה שזכור לי.

ש. כלומר יצאת למבצע בהעדר החלטה רשמית בידך המורה לך להשתתף במבצע?

ת. בוודאי. תפקידי לאכוף את חוק התכנון והבנייה ואני פועל לפי תוכנית עבודה. הרבה מאוד לפי שיקול דעת שלי שהוא תוצאה של כל מני שיקולים שלי.

ש. ההחלטה שלך הזאת לצאת למבצע בעניין כפר אבו אלקיעאן או עתיר, לא שיתפת את הדרג הבכיר של משרד הפנים.

ת. אני לא אמרתי את זה. אני בהחלט מודיע לממונים עלי מה אני הולך לעשות, ואני משתף גם דרגים מחוץ למשרד שלי כמו המשטרה, יש את מנהלת תיאום פעילות אכיפה.

ש. אמרת שאתה קיבלת את ההחלטה לפי שיקול הדעת האישי שלך.

ת. נכון, אבל קיבלתי אישור.

ש. אתה יודע לפי פקיד ציבור חשוב בעל תפקיד חשוב שהולך להרוס מבנים של כפר שתשתית עובדתית על הכפר צריכה להיות בפניך מונחת.

ת. כן.

ש. ידעת שהם התושבים במקור קיבלו אישור ממשלת ישראל ב- 56 להתיישב בישוב הזה.

ת. לא. זה נודע לי בדיעבד. (ההדגשה לא במקור)

\*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 8.1.08, עמ' 74-73.

103. מדבריו לעיל של מר שגיאה המנוחה, עולה בבירור כי עובדות מכריעות לענין גיבושו של אינטרס ציבורי המצדיק הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, לא נודעו לו והוא לא התמצא בפרטיהם, עת קבל את ההחלטה לצאת "במבצע" הריסה של כפרם של המבקשים (אוס אלחיראן). עובדות אלו היה ניתן בנקל לאתר אותן, אך המשיבה נמנעה מלעשות זאת, על אף חובתה לגבש תשתית עובדתית מוצקת בטרם קבלת החלטה קיצונית כגון דא, מקל וחומר כשהיא נדרשת להוכיח את קיומו של אינטרס ציבורי בהתאם לסף ההוכחה הפלילי.

104. האבסורד הוא שמצד אחד בית המשפט קמא קובע אודות קיומו של אינטרס ציבורי ומצד שני הוא מסרב לדון בהיבטים המינהליים והחוקתיים הרלבנטיים למקרה דנן. שכן, המשפט המינהלי והמשפט החוקתי דנים בעיקר ביחס בין הפרט ולבין האינטרס הציבורי במובן הזה מתי זכותו של הפרט גוברת על השני ומתי האחרון גובר על הראשון. לכן, שגה בית משפט קמא משלא קבע, כי התנהלותה של המשיבה לענין זה מלמדת על שיקולים זרים, ועל ניצול לרעה של הליכי התכנון על מנת לקדם אינטרסים זרים שאינם ממין העניין.

105. העד מטעם המשיבה, מר עלי פורטי, אשר שימש כסגן מתכנן מחוז דרום, ציין אף הוא בעדותו מיום 24.2.2009 בפני בית משפט קמא, כי מבחינה תכנונית אין כל קושי להכיר בבתי המבקשים כחלק מהתוכנית הקיימת, כלהלן:

ש: אם נניח במבנים שראינו לפני כן במתאר של היישוב ישנו בית שהוא מחוץ למגרשי המגורים ונגיד שהיישוב אמר שרוצים לכלול את הבית ולהרחיב את התוכנית שתכלול את הבית הזה, זה אפשרי תאורטית?

ת: אני לא יודע מה הגבולות שאתם רוצים שאני יתייחס. זה קצת רחב יותר.

ש: אני המתכנן היום ויש לך 8 שיש לידם בקרבתם ב-20 מטר למשל יש בית ואני כמתכנן רוצה לכלול את הבית באיזור המגורים ויש שם שטח ציבורי. האם זה אפשרי?

ת: תכנונית הכל אפשרי השאלה מה עומד מאחורי התכנון, אם התוכנית מיועדת לדבר מסויים ורוצים לייעד אותה לדבר אחר, זו שאלה מאוד רחבה, זה תלוי באוכלוסייה שצריכה לשבת שם.  
[...]

ש: אם הממשלה תבוא ותאמר שהיא מקימה את היישוב חירן עבור שבט אבו אלקיעאן אז אין בעיה תכנונית?

ת: נכון בכפוף לכך שתעשה התאמה בתוכנית לאוכלוסיית היעד.

ש: לאיזה התאמה אתה מתכוון?

ת: התאמה תכנונית לאוכלוסיית היעד. היישוב כמו שתוכנן פה מתוכנן לאוכלוסייה יהודית.  
[...]

ש: מי החליט על אופי היישוב המתוכנן.

ת: המדינה החליטה בהקמת היישוב, מינהלת הבדואים והם אלה שמגיישים את התוכנית וקובעים אופייה. אני יוצא מנקודת הנחה שהחלטת הממשלה התייחס ליישוב יהודי. (ההדגשה לא במקור)  
\*\* פרוטוקול בית משפט השלום מיום 24.2.09, עמ' 119-118.

106. בהמשך, מוסיף מר פורטי כי חלק מהמבנים שהוצאו נגדם צווי הריסה מכוח סעיף 212, נמצאים בתוך מגרשים המיועדים לבנייה - פרוטוקול בית משפט השלום מיום 24.2.09, עמ' 116.

107. שגה בית משפט קמא משקבע, כי תכנית המתאר המיועדת את אזור הכפר ליישוב משכללת אף היא אינטרס ציבורי המצדיק הריסה על פי סעיף 212 לחוק. בית משפט קמא קבע לעניין זה כי "[...] נראה כי ללא הריסת המבנים, לא ניתן יהיה להגשים התכלית התכנונית



שייעודו מוסדות התכנון המוסמכים למקרקעין [...] הותרת צווי ההריסה על כנם תשרת אינטרס ציבורי של הקמת ישוב שאושר בוועדות התכנון השונות" (עמ' 18 לפסק הדין).

108. המבקשים יטענו, כי הריסת כפרם דווקא מנוגדת לאינטרס הציבורי כפי שזה משתקף בסטאטוס התכנוני של השטח וייעודו כשטח למגורים. המשיבה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר כי קיומו של הכפר מנוגד לאינטרס התכנוני, ואף הטעתה את בית המשפט הנכבד וטענה כי קיימת תכנית מתאר המייעדת את השטח לייעור, תוך שהיא מעלימה עובדת קיומה של תכנית מתאר אחרת מאושרת (תמ"מ 4/14 שינוי מס' 27 הנ"ל אשר אושרה בשנת 2002) המייעדת את השטח למגורים.

109. דבריו ומסקנותיו הנ"ל של בית משפט קמא מנוגדים הם להלכה הפסוקה לפיה החלטה להקים ישוב תוך כדי הדרת אוכלוסייה מסוימת, מנוגדת היא לתכלית העיקרית מאחורי החקיקה המקנה למינהל מקרקעי ישראל סמכות לנהל את "מקרקעי ישראל" לנהל את משאבי הציבור לפי כללי ההגיונות והשוויון בין כלל אזרחי מדינת ישראל (ראו: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 278-279 (2000)).

110. לכן, אין לראות בבתייהם של המשיבים כמטרד החוסם את מימושן של תוכניות המתאר הקיימות בשטח, ובלאו הכי אין לראות בהם כסותרות אינטרס ציבורי לגיטימי. נהפוך הוא, המשיבים הוכיחו, ועל אף שאין נטל ההוכחה מוטל על שכמם, כי האינטרס הציבורי והמצב התכנוני מוטים כנגד הריסת בתייהם.

111. הדברים לעיל, מתיישבים היטב עקרון השמירה על שלטון החוק. כאמור, וכפי שקבע בית המשפט הנכבד בפסק דינו במסגרת ההליך האזרחי המנוהל נגד המבקשים לסילוק יד ופינוי הכפר, הם הועברו על-ידי המדינה ובהסכמתה לשטח בו הם מצויים כיום, הם בני רשות מכוח חוק ואין לראות בהם משיגי גבול ועבריינים. למותר להזכיר, כי המשיבה ניסתה בכתב התגובה שהגישה להצדיק את דבר הפעלתו של סעיף 212 בכך שהמבקשים הם "פולשים" למקרקעי המדינה (ראו, סעיף 40.3 לכתב התגובה).

112. מכל מקום, טענה זו תלובן במסגרת ההליך האזרחי המתנהל בין הצדדים, ועל כן ישנו אינטרס ציבורי מהדרגה הראשונה שלא להרוס את הכפר, ולהבטיח ששאלות אלו יבואו על פתרון באפיקים המשפטיים הפתוחים לפי החוק. הריסת הכפר, משמעה הלכה למעשה, סיכול זכותם של המבקשים לקבל את יומם בתביעה האזרחית לפינוי וסילוק יד. עם זאת, הקביעה של בית המשפט המחוזי שצוינה לעיל הינה רלבנטית לתיקוזה ומהווה ראייה להוכחת טענות המבקשים בהקשר זה.

## **7. פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות**

113. בית משפט קמא דוחה, ללא דיון מעמיק וממצה את טענות המבקשים במישור החוקתי. במישור הזה שגה בית משפט קמא עת קבע, כי צווי ההריסה אין בהם בכדי לפגוע בזכויות המבקשים לקניין, לכבוד ולהליך הוגן וכי הצווים עומדים בתנאי פסקת ההגבלה (עמ' 23 לפסק הדין).

114. המבקשים יטענו, כי החלטתו של בית משפט קמא פוגעת בזכויותיהם לקניין, לכבוד ולשוויון, וכן בזכותם להליך הוגן, הן למצות את הגנתם כנגד תביעות הפינוי כנגדם וכן במסגרת

ההליכים נשוא בקשה זו. החלטתו של בית משפט קמא התעלמה כמעט כליל מזכויותיהם החוקתיות של המבקשים ומהפגיעות העלולות להיגרם לזכויותיהם הללו כתוצאה מביצוע ההריסה.

#### **א. המסקנות המשפטיות של ביהמ"ש קמא פוגעות בזכות להליך הוגן**

115. הבקשה למתן צווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, שהינו כאמור סעיף חריג וקיצוני כשלעצמו, בנפרד משאלת ההריסה הטוטאלית של הכפר, הינה פגיעה חמורה בזכותם של המבקשים להליך הוגן. המשיבה ניצלה לרעה את סעיף 212 לחוק על מנת להקל עליה את הליך ההריסה, וזאת מבלי להבטיח קיומו של הליך הוגן, המעניק אפשרות למבקשים להעלות את טיעוניהם ולקבל את יומם כראוי בבית המשפט. הזכות להליך הוגן, הוכרה בפסיקה העליונה בזכות אדם חוקתית (ראו: בשי"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (11.2.2010)).

116. ודוקו, אמנם ההליך לקבלת צווי הריסה ללא הרשעה מכוח סעיף 212 לחוק אינם מהווים הליך פלילי קלאסי, אך לאור אופיו ותוצאותיו הדרסטיות, יש להקיש במסגרת הפעלתו מסדרי הדין והנטלים שבמשפט הפלילי. יצוין לעניין זה, כי הפגיעה בגרעינים הבסיסיים של הזכות להליך הוגן במיוחד במשפט הפלילי כמוהו כמו פגיעה בזכות החוקתית לכבוד (ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פסקה 67 (2006); מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 375, 354 (2002)).

117. כמו כן, זכות זו מקבלת משנה תוקף נוכח מהותה הבלתי הפיכה של פעולת ההריסה אותה מבקשת המשיבה. על עניין זה עמד כבוד הנשיא (בדימוס) שמגר בעניין האגודה לזכויות האזרח, והדגיש כי זכות הטיעון של הפרט מתעצמת כפליים נוכח העובדה, כי הריסתו של בניין, הינה מטבעה פעולה בלתי הפיכה (בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, מג(2) 540, 529 (1989)).

#### **ב. הפגיעה בזכות הקניין**

118. המבקשים יטענו, כי מעמדם כבני רשות וזכותם לשימוש בקרקעות אותם הן משמשות למגורים למשך עשרות שנים יוצרת זכות חוקתית לקניין לפי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההחלטה להרוס את בתי המבקשים, מהווה פגיעה קשה בזכותם החוקתית לקניין, במיוחד, ושוב, לאור קביעתו של בית המשפט במסגרת ההליכים האזרחיים שנקטה המשיבה נגדם, כי הם בחזקת בני רשות.

119. הריסת בית הינה פעולה קיצונית, דרסטית ובלתי הפיכה. מקל וחומר, הריסתו של כפר שלם, וזאת תוך התעלמות גסה מההיסטוריה של הכפר ושל בניו, ומבלי לבחון כל חלופה תכנונית פחותה בחומרתה, במיוחד כשחלופה תכנונית המייעדת את השטח למגורים הינה בת-ביצוע, אפשרית ומוצעת על-ידי המשיבה עצמה.

120. אין להכביר מילים על מעמדה של הזכות לקניין המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הפסיקה הכירה בהיבט הרגשי והאנושי של הזכות לקניין, אותו מבקשת המשיבה לבטל בריש גלי, תוך התעלמות מוחלטת מהזהות, ההיסטוריה והנסיבות הייחודיות של בעלי בתים אלה (ראו: בג"צ 2739/95 מחיול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 317 (1996); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995); בג"צ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות

צה"ל ביהודה ושומרון, נט(5) 368 (2005); בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001); יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (1995); יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535 (1997).

#### ג. פגיעה בזכות לכבוד

121. המבקשים יטענו כי ההחלטה להרוס את בתיהם, כאשר המשיבה היא זאת האחראית על יישובם בשטח בו בנו את בתיהם והשתקעו בו לפני למעלה מ- 55 שנים, פוגעת לאין ערוך בזכותם של המבקשים לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הריסתו של כפר שלם, ומחיקתו מעל פני הקרקע, משמעה הלכה למעשה שלילת זכותם של המבקשים לדיור, וניתוקם מכל הסביבה שבה נולדו, גדלו והקימו בה חיי משפחה וחברה שמהווה עבורם מבצר ובית. על כן, ההתייחסות של המשיבה ושל החלטת בית משפט קמא לבתים אלה כאל בנייני בטון שבנקל ניתן להרוס בידיעה כי יוקם במקומם יישוב חדש המיועד למגורים, אך לא למגורי המבקשים, הינה פגיעה בצלם האנוש של המבקשים. על הקשר שמפתח האדם עם סביבת מגוריו ועל הפגיעה האנושה בכבודו כתוצאה מניתוקו "בכוח" מסביבה זו, ראו: בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 562-561 (2005).

122. 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 ראו: רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך 3 422-423 (1994).

#### ד. הזכות לשוויון

123. הריסת בתי המבקשים כאשר המטרה היא ליישב במקומם אזרחים לא בדואים הינה פעולה הנגועה באפליה פסולה ועל כן פוגעת בעקרון השוויון. בנסיבות העניין, המשיבה והחלטת בית המשפט קמא העדיפו את האינטרסים של האזרחים היהודיים העתידיים של היישוב "חירן" על פני האינטרסים של המבקשים 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 ישוב חדש שיקלוט אזרחים "שאינם בדואים" במקום לכלול את הכפר שקיים מעל ל-58 שנים במסגרת התכנונית הקיימת 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.

124. שקלול ראוי של האינטרסים היה מוביל בהכרח להעדפת זכויותיהם של המבקשים ושאר תושבי הכפר על פני זכויותיהם של אזרחים שאף זהותם טרם נודעה. מעבר לצורך בתיקון העוול ההיסטורי שהתבטא בטלטלה שחוו המבקשים בהעברתם ממקום לאחור בין השנים 1948-1956, כאזרחים שווי זכויות המשיבה אמורה הייתה להתחשב באינטרס הלגיטימי שלהם. שקילה ראויה של האינטרסים בנסיבות המקרה, בהכרח הייתה מובילה להכללתו של הכפר במצב התכנוני של האזור והכשרת הבנייה שבו ולא הריסתה.

125. המסקנה היחידה המתבקשת היא, כי המשיבה הפרה חובתה כרשות ציבורית לנהוג בשוויון כלפי כלל 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)).

126. **ובעניין קעדאן**, קבע בית המשפט העליון, כי החלטה של רשויות המנהל להקים יישוב 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"צ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 278-279 (2000)).

## **8. הצווים אינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה**

### **א. תכלית בלתי ראויה**

127. העדר התייחסות לפגיעות בזכויות החוקתיות של המבקשים 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 המבקשים מהכפר.

128. השעיה כזו מוטעית וחסרת בסיס משפטי היא. ראשית, לא מדובר בסכסוך בין פרטים לבין עצמם. המשיבה הנה צד ישיר לסכסוך אשר היא בעצמה יצרה ועל כן אי אפשר להשעות את תחולת המשפט המנהלי והחוקתי. פעולה מנהלית, ככל מעשה חקיקה כפופות לביקורת שיפוטית באספקלריה של המשפט הציבורי.

129. הלכה פסוקה היא שכל חקיקה ראשית או מעשה מינהלי חייב לשרת תכלית ראויה. 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, כך צוין לאחרונה בפסק דינה של השופט ע' ארבל בעניין חוקתיות חוק ההסתננות:

"תכליתו של חוק תיחשב ראויה אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק). המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. "ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה" (עניין חסן, פסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין לה"ב, פסקה 107). יש, אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה, והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד" (בג"צ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פסקה 83 לפסק דינה של השופט ארבל (16.9.2013). עוד ראו: בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005); רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625 (1997); 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)).

130. המבקשים יטענו כי בקשת המשיבה להרוס את הכפר אינה מהווה תכלית ראויה, כי הם לא ציינו עד כה מהי התכלית הלגיטימית העומדת מאחורי הוצאת הצווים בעת זו. המשיבה לא עמדה בנטל והוכיחה קיומו של אינטרס ציבורי המצדיק את צווי ההריסה ללא הרשעה מכוח סעיף 212. כאמור לעיל, סעיף זה מהווה נתיב חריג לטיפול בבניה בלתי מותרת המנוגדת לדיני התכנון והבנייה. המשיבה בחרה להשתמש בסעיף זה, מבלי לנסות ולאחר את בעלי הבתים ומבלי להוכיח כי ניצלה את כל האמצעים שבידיה לעשות זאת. נהפוך הוא, מהעדויות המפורטות לעיל, הוכיחה המשיבה כי בחירתה בסעיף 212 לחוק, אינו אלא ניסיון לזרז את הריסת הכפר ומחיקתו מעל פני האדמה.

131. ודוק, התנהלות המשיבה ובחירתה בסעיף 212 ללא התייחסות לנסיבות המיוחדות שבעניינם של המבקשים, הינו כשלעצמו מנוגד לתכלית הסעיף, המיועד בטיפול במקרים פרטניים חריגים. במקרה דנן, עסקינן בעניינו של כפר שלם, שהמשיבה מבקשת להרוס באמצעות צווי הריסה סייטונאיים, ולא יעלה על דעתו של כל בר דעת כי לא היה ניתן לאתר ולו בעל בית אחד מבין כל הבתים אותם ביקשה המשיבה להרוס. לא לכך נועד סעיף 212 לחוק.

132. למותר לציין, כי אין בביטול צווי ההריסה משום הכרה בבנייה הבלתי מותרת. הפסיקה הרבה שעסקה בבקשות למתן צווי הריסה ללא הרשעה מכוח סעיף 212 קבעה לא אחת, כי אי מתן צווי הריסה כמבוקש אין משמעו הכרה בבנייה הלא מותרת (רע"פ 124/01 ניקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 151, 156 (2002)).

### **ב. מבחן המידתיות**

133. **מבחן הקשר הרציונלי:** המבקשים יטענו שאף בהנחה שנעברה עבירת בנייה, כטענת המשיבה, הרי הוצאת צווי הריסה גורפים לכפר שלם ללא הרשעה, ומבלי נקיטה בפעולות אבחנה קודמות, אינו משרת את המטרה של סעיף 212 לחוק. כאמור, במידה וקיימת האפשרות בידי המשיבה לאתר ולזהות את בעלי הבתים אותם מבקשת להרוס, מתייתר הצורך בסעיף 212 לחוק, והליך ההריסה ללא הרשעה מתרוקן מתוכן.

134. לאור העדויות שעלו בדיונים, וכן מהתשתית העובדתית שהניחו המבקשים בפני בית המשפט הנכבד, עולה בבירור כי המשיבה לא מיצתה את כל האמצעים הפתוחים בפניה לפי חוק לאתר את הבעלים, ולפיכך בקשותיה להריסה ללא הרשעה הינן מנוגדות לתכלית סעיף 212 לחוק.

135. יתרה מכך, אם נלמד לגבי כוונת המשיבה לייעוד אותו אזור היא מבקשת להרוס את בתי המבקשים, הרי על פי תוכניות המתאר, אזור זה מיועדת המשיבה כאזור מגורים. בנסיבות אלה, להריסת בתי המבקשים אין כל קשר למטרה הסופית אותה רוצה היא להשיג באזור (פיתוחו למגורים). הרי ניתן לתכנן אותו לפי דיני התכנון אשר מחייבים שיתוף הציבור ושקילת האינטרסים הלגיטימיים של המעוניינים ללא הריסת בתי המבקשים. נהפוך הוא, דיני התכנון מחייבים כשלעצמם שקילת האינטרסים הלגיטימיים של המבקשים והתאמת התכנון העתידי לרווחתם. לכן, תכנון ראוי ובהתאם לחובות מהמשפט המינהלי שחלים על רשויות התכנון מחייב דווקא תכנון ללא הריסה.

136. **מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה):** המבקשים הצביעו בבקשה וכן במהלך חקירת העדים מטעמם ומטעם המשיבה, כי לא נבחנו נתיבים אחרים לטפל בבעייתם הכאובה של המבקשים, ובמקום זה הם בחרו באמצעי הדרסטי ביותר, היינו, הוצאת צווי הריסה גורפים כנגד

בנייני כפר שלם, תוך התעלמות מוחלטת מהחלופות התכנוניות האחרות הנמצאות על הפרק לגבי השטח עליו בנוי הכפר. מבחינת המשיבים די בכך שהיה מדובר במבצע כדי להצדיק את הוצאתם של הצווים, דבר המנוגד לפסיקה שדנה במבחן המשנה השני שלפיה החלטה גורפת הינה כלשעצמה בעייתית ולא מקיימת את תנאי המבחן. בפרשת **בית סוריק** (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 851-850 (2004)) בית המשפט העליון קיבל את העתירה בעניין תוואי גדר ההפרדה בגלל שהוכח בפניו כי מתכנני התוואי לא בחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת החלטתם המעידות כי החלופה שנבחרה אשר פוגעת באינטרסים של החקלאים הפלסטינים היא החלופה האחרונה והרלוונטית. בפרשת **מרעבה** (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005)) בג"ץ קיבל עתירתם של העותרים נגד תוואי הגדר משום שלא נבחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת החלופה אשר שמה את העותרים הפלסטינים בתוך מובלעת. במקרה דנן, מקל וחומר כאשר מדובר על עקירת תושבים ממקום מושבם ההיסטורי.

137. למותר לציין כי חוק התכנון והבנייה עצמו מציע נתיב אחר להריסה לאחר הרשעה, וזאת במטרה לרכך את הפגיעה הקשה הנוצרת כתוצאה מהריסת קניינו של האדם לאור מעמדה של זכות חוקתית. לצורך כך, נפתח הליך פלילי המחייבת הבאת ראיות והוכחת דבר העבירה מעבר לכל ספק סביר, תוך מתן הזדמנות לנאשם לטעון כנגד בקשת ההריסה ולהביא את ראיותיו לסתור את טענות המשיבה. כל זה על מנת להבטיח את זכותו של הפרט להליך הוגן.

138. **מבחן המידתיות הצר**: מבחן זה קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות 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 שנשקלו 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 מעשה הרשות.

139. ולכן תישאל השאלה האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם כדאי להרוס ולפנות אזרחים ממקום מושבם במשך יותר מ-58 שנים לשם יישוב אוכלוסייה אחרת באזור?

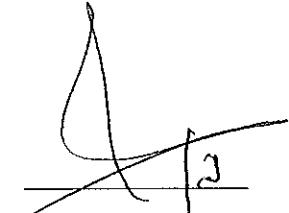
140. המבקשים יטענו, כי ערכי השיטה המשפטית אינם סובלים מחיקת כפר מעלי אדמות, אינם סובלים השלכת משפחות אל הרחוב, אינם סובלים פגיעה בילדים, אינם סובלים יצירת טראומה לתושבים על לא עוול בכפם ואינם סובלים הריסה בנקל.

141. נתזור ונדגיש כי אין כל אסמכתה מוסרית או משפטית למתן צווי הריסה לכפר שלם המונה כ- 500 תושבים, מבלי לתת לתושביו את האפשרות להתגונן ולטעון את טענותיהם כנגד פעולה זו. הריסה שיטתית, סיטונאית, בלתי מרוסנת זו הינה אופיינית למשטרים לא דמוקרטיים שאינם נותנים כל משקל וכבוד לאדם כאדם ולזכויותיו הבסיסיות. בל יישכת, כי במידה ויאושרו צווי הריסה אלה ויוצאו אל הפועל, לא יהיה ניתן להחזיר את הגלגל אחורה, ולפצות את המבקשים על הפגיעה בזכויותיהם.

142. יתירה מזו, הריסה משמעה סיכול התביעה האזרחית שמנהלת המשיבה כנגד המבקשים, ואשר יכול ותביא לפתרון בעייתו של הכפר אום אלחיראן/עתיר בדרך צודקת וראויה המכבדת את

זיקתם ההיסטורית של תושביו למקום, וזאת מבלי להידרש לאמצעים קיצוניים כמו הריסת ומחיקת הכפר מהיסוד.

לאור כל המקובץ לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבל את בקשת רשות הערעור דנן ולהתיר למבקשים להגיש ערעור כמבוקש. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות משפט.



פאדו ח'ורי, עו"ד



סוהאד בשארה, עו"ד

ב"כ המבקשים

חיפה, 30.4.2014

## נספחים

<u>מספר נספח</u>	<u>שם נספח</u>
א'	פסק דין של ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע מיום 17.3.2014
ב'	פסק דין של ביהמ"ש השלום בקריית גת מיום 11.12.2011
ג'	פסק דין של ביהמ"ש השלום בבאר שבע מיום 30.7.2009
ד'	פסק דין של ביהמ"ש השלום בבאר שבע מיום 27.10.2013
ה'	פסק דין של ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע מיום 28.2.2012