

איברהים אלוקילי : המבקש

ע"י ב"כ עוה"ד נירה שלו ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או ו/או לימור יהודה ו/או
עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או קרן צפריר ו/או גיל גן-מור ו/או נסרין עליאן
ו/או ראוייה אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או רגד ג'ראסי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין, 75 ת"א 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

וכן ע"י ב"כ עו"ד שיחדה אבן ברי

- נ ג ד -

המשיבה : **הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע**
כיכר מנחם, רח' בגין 1 ת.ד 15 באר שבע 84100
טל': 08-6463619; פקס: 08-6276636

בקשה לביטול צו הריסה מינהלי

מוגשת בזאת בקשה לביטול צו הריסה מינהלי לפי סעיף 238א(ז)(1) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"), שניתן למאהל המחאה נגד אי ההכרה הנמשכת בכפרים בדואים בנגב. הצו ניתן ביום 4.10.11 בשעות הצהריים על ידי המשיבה, והוא מורה על ביצוע ההריסה תוך 24 שעות משעת הדבקתו. היינו, המועד שנקבע בצו לביצועו הוא היום בצהריים.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. המבקש

1. המבקשים הוא יו"ר המועצה האזורית של הכפרים הבלתי מוכרים בנגב, והוא ממקימי מאהל המחאה נגד "מתווה פראוור", נגד הריסת בתים ונגד אי ההכרה הנמשכת כלפי הכפרים הבדואים הלא מוכרים בנגב.

ב. העובדות:

2. בימים אלה מתכוונת ממשלת ישראל לקדם את המתווה שהוצע על ידי צוות בראשותו של מר אהוד פראוור, ואושר לאחרונה בממשלה, להסדרת התיישבות הבדואים בנגב (להלן: "מתווה פראוור"). המתווה נקבע בניגוד לרצונם וללא שיתופם של תושבי הכפרים הלא מוכרים בנגב, ומשמעותו בפועל היא עקירת רבבות תושבים בדואים מבתיהם ומאדמתם וריכוזם באזורים מצומצמים בניגוד מוחלט לרצונם.

3. בעקבות אישור מתווה פראוור בממשלה, קבוצה של תושבות ותושבי הכפרים הבלתי מוכרים בנגב התארגנה והקימה ביום 20.9.11 מאהל מחאה נגד כוונת הממשלה ליישם את מתווה פארוור, נגד הריסת בתים בכפרים הלא מוכרים ונגד אי ההכרה הנמשכת ב-35 כפרים בדואים בנגב. פעילי המחאה סבורים כי המתווה מהווה המשך של האפליה החמורה והתעלמות הממשלה מאוכלוסיית הבדואים בכפרים הלא מוכרים, וכי יישומו של המתווה מהווה פגיעה חמורה בזכויות הקנייניות וההיסטוריות שלהם.

4. מאהל המחאה הוקם ברחוב יצחק רגר בבאר שבע, באזור בי"ח סורוקה, סמוך למאהלי מחאה שהוקמו במסגרת המחאה החברתית. למרות שהקמת מאהל מחאה אינה מצריכה קבלת רישיון מהמשטרה, פנו מקימי המאהל למשטרה ואף קיבלו את אישורה להקמת המאהל החל מיום 20.9.11 ועד ליום 20.10.11.

העתק אישור המשטרה רצ"ב ומסומן כנספח 1.

5. מאהל המחאה כולל סוכה אחת בלבד המורכבת מסככת מתכת וכיסוי בד פלסטי. בסוכה הציבו הפעילים שלטים המוחים על מתווה פראוור, על הריסת הבתים ועל העוול המתמשך שנעשה לתושבים הבדואים בכפרים הלא מוכרים.

6. אתמול, 4.10.11, שבועיים לאחר הקמת המאהל, בסביבות השעה 14:00 קיבלו פעילי המחאה במאהל צו הריסה מינהלי מטעם הוועדה המקומית לתכנון ובניה בבאר שבע, המורה על הריסת המאהל תוך 24 שעות מעת מתן הצו. יודגש, כי הצו אינו מפרט את השעה בה הוא נמסר, ולכן לא ידוע מהי השעה המדויקת בה נמסר. יתרה מכך, לאחר כשעה הופיעו פקחים מטעם מינהל מקרקעי ישראל ומסרו לשוהים במאהל התראה על פינוי המאהל תוך 48 שעות.

העתק צו ההריסה המינהלי מצ"ב ומסומן כנספח 2.

העתק התראת הפינוי שנמסרה על ידי המינהל מצ"ב ומסומן כנספח 3.

7. יודגש, כי למאהלי המחאה הסמוכים שהוקמו במסגרת המחאה החברתית לפני כשלושה חודשים, לא הוציאה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה כל הודעת פינוי או צו הריסה מינהלי, וגם מינהל מקרקעי ישראל לא היה מוטרד מ"פלישתם" למקרקעי ישראל. להיפך – העירייה תמכה ועודדה תומכת במאהלי המחאה האמורים, היא הציבה עבורם שירותים ואף מספקת להם שירותי ניקיון באזור המאהל. לא ברור מדוע הוועדה המקומית לתכנון ובניה ממחרת להורות על הריסתו של מאהל המחאה כנגד אי ההכרה בכפרים הלא מוכרים בנגב שבועיים בלבד לאחר שהוקם.

ג. הטיעון המשפטי

הקמת המאהל לא הייתה צריכה היתר לפי חוק התכנון והבניה

8. סעיף 145 לחוק התכנון והבניה מחייב קבלת היתר, בין השאר, לצורך "הקמתו של בניין". ברע"פ 5086/97 בן חור ואח' נ' עיריית תל אביב יפו ואח' פ"ד נא(4) 625 (להלן: "פרשת בן חור"), נדונה השאלה מהי "הקמתו של בניין". בית המשפט חזר על פסיקתו של כב' השופט מלץ בע"פ 697/85 גולדשטיין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה לוד, לפיה כדי שהצבתו של מבנה תהווה "הקמה" יש צורך במידה מסוימת של קביעות. בפרשת בן חור קבע בית המשפט כי מתקיים יסוד הקביעות והמאהל צריך היתר לפי חוק התכנון והבניה נוכח העובדה שהמאהל כבר עמד קרוב לחודשיים ונוכח העובדה שלא הייתה כוונה מצד המתגוררים בו לפנותו בזמן מוגדר כלשהו (פסקה 9 לפס"ד של כב' השופט זמיר).

9. בענייננו לא מתקיימים מאפיינים אלו. המאהל עומד שבועיים בלבד, ואין כל ספק שכוונתם של מקימי המאהל להקים אותו באופן זמני בלבד, שכן מטרת המאהל אינה להשיג פתרונות דיור לפעילים בו אלא למחות על כוונת הממשלה ליישם את מתווה פארוור. מכאן, שבענייננו לא מתקיים יסוד הקביעות, ולכן הקמת המאהל כלל אינה מצריכה היתר לפי חוק התכנון והבניה. ולראיה, מקימי המאהל ביקשו מהמשרה אישור להקמת המאהל לתקופה של חודש, עד 20.10.11. מכאן, שבענייננו לא מתקיים יסוד הקביעות, ולכן הקמת המאהל כלל אינה מצריכה היתר לפי חוק התכנון והבניה.

צו ההריסה נגוע בשיקולים זרים והפליה המחייבים את בטלותו

10. העובדה שעיריית באר שבע לא התנגדה ולא מתנגדת לקיומם של מאהלי מחאה שהוקמו במסגרת מחאת הדיור הארצית, ואף נמנעת מזה כשלושה חודשים מלהורות על הריסתם או פינויים, מעלה את החשש הכבד שהבסיס היחיד להחלטת המשיבה להורות על הריסת מאהל המחאה נשוא הבקשה דנא קשור בתוכן המחאה ומסריה, וכל תכלית ההריסה היא מניעת המחאה הלגיטימית והשתקתה.

11. יודגש, מאהל המחאה נשוא הבקשה דנא הוקם בסמוך למאהלי המחאה שהוקמו במסגרת מחאת הדיור הארצית. כמו כן, מאהל המחאה נשוא הבקשה דנא עומד שבועיים בלבד בעוד שיתר המאהלים עומדים מזה כשלושה חודשים וזוכים לתמיכתה של העירייה. מכאן, שהוצאת הצו להריסת מאהל המחאה נשוא הבקשה דנא נגועה בהפליה חמורה נגד מחאתם של התושבים הבדואים.

12. צו ההריסה הנגוע בשיקולים זרים ופסולים, שתוצאתו היא אכיפה מפלה וסלקטיבית, דינו להתבטל. כך נפסק בפרשה שבה נדונה החלטתו של ראש עיריית באר שבע להסיר מודעות, שבהן מתחו תושבי העיר ביקורת על התנהלותו. בג"ץ התייחס למשמעות אכיפה סלקטיבית וקבע כי "אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט." (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 305).

13. בפרשת בן חור ציין השופט זמיר, מבלי להכריע בנושא, כי "יש מקרים שבהם המטרה שהנחתה את יושב ראש הוועדה המקומית בהוצאת צו הריסה היא זרה ופסולה עד כדי כך שהיא יכולה לבסס טענה [...] שהצו בטל מעיקרו". בענייננו, יקשה לחלוק על כך שהמשיבה עשתה שימוש בסמכותה מכוח התכנון והבנייה לצורך השתקת המחאה תוך הפליה פסולה וחמורה. תכלית זו- זה לא רק שהיא זרה לתכליות חוק התכנון והבניה, אלא שהיא בלתי ראויה ופסולה, ועל כן יש לבטל את הצו שנועד לממשה.

הריסת מאהל המחאה מהווה פגיעה חמורה ובלתי סבירה בחופש ההפגנה

14. הקמת מאהל המחאה היא חלק ממימוש הזכות לחופש ביטוי והפגנה שהיא "מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא מוכרת, בצד חופש הביטוי או מכוחו, כשייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (בג"ץ 153/83 אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984)).

15. חירות ההפגנה היא זכות חוקתית, בהיותה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "הפגנה על רקע פוליטי או חברתי היא ביטוי לאותה אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש

הפסילה, הנכללים במסגרת כבוד האדם וזכות חוקתית." (בג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (2006) פסקאות 11-13 לפסק דינו של הנשיא ברק, וראו גם: בג"צ 4712/96 סיעת מר"צ נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נ(2) 822, 826).

16. מקרקעי ציבור הפתוחים לציבור הרחב ומיועדים לשימושם הם מטבעם מקום מתאים לערוך הפגנות ומחאות אחרות, ובית המשפט אף קבע כי עריכת הפגנות היא אחת המטרות שלשמן נועדו שטחים אלו. בענייננו, האזור בו הוקם המאהל פתוח לשימושם של הציבור הרחב, ומשכך פעילי המחאה רשאים לקיים שם את מחאתם ולעירייה אין סמכות לפגוע במחאה זו, אלא אם קיים אינטרס ציבורי כבד משקל, מה שאין כן בענייננו.

17. ככל זכות יסוד, גם זכות ההפגנה אינה זכות מוחלטת, ובמקרים מסוימים היא תיסוג אל מול אינטרסים, זכויות ושיקולים אחרים. אולם, בשל מעמדו הרם וחשיבותו של חופש הביטוי, נקבע בפסיקה כי אין מגבילים אותו אלא כאשר הפגיעה הצפויה לאינטרס המתנגש בחופש הביטוי היא קשה וממשית והסתברותה היא ברמה של ודאות קרובה.

18. בהתאם לאמור לעיל, בפרשת בן חור קבע בית המשפט כי בבואו להחליט על הוצאת צו הריסה מינהלי למאהל מחאה, על יושב ראש ועדה מקומית לתכנון ובניה "לתת משקל ראוי גם לשיקול של חופש ההפגנה, ולאזן אותו כנגד השיקולים העולים מחוק התכנון והבניה. במסגרת האזון הוא עשוי לשקול באיזה מקום נערכת ההפגנה, כמה זמן היא כבר נמשכת או אמור להימשך, מה הם הדרכים והכלים המשמשים לצורך ההפגנה ועוד. אזון כזה עשוי להוביל את יושב ראש הוועדה המקומית למסקנה כי בהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה, ראוי לנקוט אמצעי אחר מבין האמצעים שנקבעו בחוק, כתגובה להפרת החוק, או להמתין זמן מה עד שהוא מוציא את הצו". בענייננו, יושב ראש הוועדה המקומית הפעיל את סמכותו להוציא צו הריסה מבלי לקיים את חובתו לשקול את כל השיקולים הרלבנטיים, ולמצער תוך הפעלת שיקול דעת לקוי ובלתי סביר בעליל.

19. בפרשת בן חור נדון צו הריסה מינהלי שהוציאה עיריית תל אביב למאהל מחאה שבועיים לאחר הקמתו, אך בעת שניתן פסק הדין עמד המאהל במשך תקופה של כחודשיים. כבי' השופט גולדברג עמד על החובה לשקול את הפגיעה בחירות ההפגנה בטרם הוצאת צו הריסה מינהלי וקבע בדעת יחיד כי "נוסחת האזון הראויה במקרה כזה בין האינטרס הציבורי לאינטרס הפרטי היא הוצאת צו הריסה מינהלי תוך מתן שהות סבירה לביצועו, באופן שיהא בידי המפגינים להביע בדרך אפקטיבית את המסר אותו הם מבקשים להעביר". עוד קבע כבי' השופט גולדברג כי אלמלא התקופה שעברה ממועד מתן הצו ועד מתן פסק הדין היה נעתר לבקשה לבטל את הצו. היינו, תקופה של שבועיים אינה סבירה לביצוע הריסתו של מאהל מחאה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את צו ההריסה המינהלי שהוצא למאהל המחאה.

5 באוקטובר 2011

נירה שלו, עו"ד

ב"כ המבקש

