

- העותרים: 1. מאג'ד עפיף עארף חנני [...]
16. העמותה לפיתוח ושיתוף פעולה
כולם מהכפר ח'רבת טאנא
17. שומרי משפט - רבנים למען זכויות האדם
18. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עאזם בשארה ו/או דן יקיר
ו/או דנה אלכסנדר ו/או לימור יהודה ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או
לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון
אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל': 02 - 6521218 ; פקס': 02 - 6521219

- נ ג ד -

- המשיבים: 1. ועדת המשנה לפיקוח על הבניה
2. מועצת התכנון העליונה
3. קצין מטה פנים באזור יהודה ושומרון
4. ראש המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון
5. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
6. שר הביטחון

באמצעות פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנעו מלהרוס את בתי העותרים ובתי תושבים אחרים בכפר ח'רבת טאנא ומבנים שמשמשים לפרנסתם, ומדוע לא יכינו ויאשרו תכנית מפורטת לח'רבת טאנא, וינפיקו היתרי בניה מכוחה לתושבי הכפר ובכללם העותרים.

בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לתת צו ביניים האוסר על המשיבים או מי מטעמם לבצע את צווי ההריסה נגד בתים ומבנים חקלאיים בכפר ח'רבת טאנא, ובכלל זה בתים ומבנים שבנו העותרים 1-16, עד לדיון בעתירה ומתן פסק דין בה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא:

עניינה של עתירה זו הוא מדיניות הריסת הבתים מטעמים תכנוניים, כביכול, אותה מנהיגים המשיבים נגד האוכלוסיה הפלסטינית החיה באזור הכבוש שתחת שליטתם. ברקע מדיניות זו עומדים: א. חוסר המעש המשוע של המשיבים בהכנה ובעדכון של תוכניות מתאר מפורטות לכפרים הפלסטינים שבתחום שליטתם, הכל תוך כדי אפליה ברורה לעומת ההתנחלויות הסמוכות שזכו לתכנון מפורט בהתאם לסטנדרטים מודרניים. ב. האכיפה הסלקטיבית של דיני התכנון והבניה באזור על פלסטינים בלבד, תוך התעלמות מוחלטת מהבניה הבלתי חוקית בהתנחלויות ובמאחזים הבלתי חוקיים והכשרת חלקם בדיעבד.

העותרים:

1. העותרים 1-15 (להלן – העותרים) הם תושבי הכפר ח'רבת טאנא (להלן – הכפר) שבנפת שכם והבעלים של חלקות אדמה בכפר, שעליה בנו בתי מגורים ומבנים חקלאיים לפרנסתם.
מצ"ב חלק ממסמכי הבעלות המצויים בידי העותרים ומסומנים ע/1.
2. העותרת מס' 16 הינה עמותה, שמטרתה פיתוח הכפר ח'רבת טאנא, ניהול החיים הציבוריים והדאגה לרווחת תושביו.
3. העותרות 17 ו-18 הינן עמותות, הפועלות לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.

המשיבים:

4. המשיבה מס' 1 היא ועדת משנה של מועצת התכנון העליונה, המשיבה מס' 2, והיא המוסמכת על פי הדין החל באזור לפקח על חוקי התכנון והבניה באזור ולאכפם.
5. המשיבה מספר 2 היא הערכאה התכנונית העליונה לפי חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים מס' 79 לשנת 1966 (להלן – "חוק התכנון הירדני"). משיבה זו היא הרשות המוסמכת על פי סעיף 6 לחוק האמור, בין השאר, לאשר תכניות מתאר אזוריות ומתאריות והמוסמכת להמליץ למשיב מספר 3 על מרחבי תכנון. בהתאם לסעיף 2(2) לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה ושומרון) (מס' 418), תשל"א-1971 (להלן "צו 418"), שביטל את קיומן של הועדות המחוזיות שפעלו באזור, קיבלה משיבה זו לידיה את סמכויות הועדות המחוזיות,

ובכלל זה סמכויות התכנון השוטף בערים ובכפרים ואישור תכניות מפורטות בהתאם לחוק התכנון הירדני.

6. המשיב מס' 3 הוא "הממונה" בהתאם לסעיף 2 לצו 418, שקיבל לידי את סמכויות שר הפנים בהתאם לסעיף 4 לחוק התכנון הירדני, ובכלל זה הסמכות להכריז ולחתום על צו הכרזה על אזורי תכנון. משיב זה מכהן גם כיושב ראש מועצת התכנון העליונה- המשיבה 2.
7. המשיב מס' 4 הינו ראש המינהל האזרחי באיו"ש, שהוקם בצו בדבר הקמת המנהל האזרחי (יהודה ושומרון) (מס' 947), התשמ"ב-1981, שמטרתו הקמת מסגרת לפעילות האזרחית במטרה לשרת את תושבי הגדה המערבית ולהגדיל את רווחתם. המשיבים 1-3 פועלים במסגרת המינהל האזרחי והם כפופים למשיב מס' 4.
8. המשיב מס' 5 הינו מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית והסמכות החוקית העליונה באזור זה.
9. המשיב מס' 6 הוא שר הבטחון, אשר מוסמך, על פי סעיף ג' להחלטת ממשלה מספר 150 מיום 2.8.1996, לאשר לוועדות התכנון באזור הגדה המערבית לדון בתוכניות מתאר ולתת להן תוקף.

הפרק העובדתי:

10. הכפר ח'ירבת טאנא הינו יישוב חקלאי, השוכן מזרחית לכפר בית פוריק שבנפת שכם. פרנסתם של תושבי הכפר מתבססת על עיבוד אדמה ורעיית צאן ובקר. המגורים בכפר מתקיימים במבנים מצורות שונות, ובהם מבני לבנים, מערות, בתי אבן מכוסים גגות פח ואוהלים. למעט בחודשי הקיץ, בהם עוברים תושבי הכפר להתגורר באורח זמני באדמות חקלאיות שבאזור בית פוריק, מתגוררים הם במהלך כל השנה בכפר ח'ירבת טאנא. המדובר ביישוב הקיים מזה שנים רבות, האדמות עליהן נבנו מבני הכפר והאדמות המעובדות שבסביבתו מצויות בבעלותם של תושבי הכפר, ושל תושבים פלסטינים אחרים.
11. העותרים ובני משפחתם גרים בכפר מזה עשרות שנים. תחילה גרו העותרים במערות ובאוהלים, ובתחילת שנות התשעים בנו מבנים למגורים, מבנים חקלאיים לאכסון הצאן והבקר ובית ספר לילדי הכפר. באמצע הכפר עומד מבנה עתיק, בן יותר מ- 100 שנים, ששימש בתקופת העותמאנית כמגורים לגובה המסים של השלטונות דאז ועם הזמן הפך למסגד, שמשמש את תושבי הכפר.
12. יצויין, שלמרות שהתושבים חיים בכפר מזה שנים רבות, הכפר מעולם לא קיבל מעמד תכנוני כלשהו, והמשיבים מעולם לא טרחו להכין, לא כל שכן לאשר, תכנית מתאר מפורטת לכפר, שמכוחה ניתן יהיה לבקש היתרי בניה.

13. ביום 5 ביולי 2005 החרים הצבא את הכפר ח'ירבת טאנא. המדובר בהריסה מסיבית של מבנים, לרבות של בית הספר, כשהתוצאה היא – מחיקתו של כפר, וגירושם הלכה למעשה של תושביו ממקום מושבם, מאדמותיהם וממקורות פרנסתם.
14. באותו יום, בעת שתושבי הכפר לא שהו במקום, הגיעו נציגי המינהל האזרחי ובאמצעות דחפורים הרסו כמעט את כל הבנוי במקום, ובכלל זאת את בית הספר, המשמש את תושבי הכפר. כל שנותר במקום, ואשר לא נהרס על ידי המינהל האזרחי, הוא המסגד העתיק ומבנה אחד נוסף. כתוצאה מההריסות, כ-20 משפחות מתושבי הכפר ח'ירבת טאנא ניזוקו ואיבדו את בתיהם ומבנים, ששימשו אותם כדירי צאן. בנוסף, כחלק מההריסות נחסמו כמה פתחי מערות הקיימות במקום, המשמשים את התושבים למגורים ולאחסון, ומאגר מים.
- תמונות, המתעדות חלק מההרס שנעשה במקום, מצ"ב לעתירה, מסומנות ע/2.
15. לידיהם של מי מתושבי הכפר לא נמסרו כל צווי הריסה, ואולם כשנה לפני ביצוע ההריסה, וכן זמן מה לפני ההריסה (בתחילת חודש יוני 2005) נמצאו בשטח, בדרך מקרה על ידי רועי צאן, מספר צווי הריסה הממוענים ל'מחזיק'. יודגש, כי ההריסה נעשתה בתקופה, בה תושבי הכפר שהו באורח זמני באדמות חקלאיות שבאזור בית פורכ, עיתוי, שיכול להציג תמונה מעוותת, כאילו הכפר אינו מיושב.
- העתקים מצווי ההריסה שנמצאו על ידי התושבים, מצ"ב לעתירה, מסומנים ע/3.
16. המדובר אם כן בהריסתם של מבנים רבים, אשר שימשו למגוריהם של תושבי הכפר וכמחסה לצאנם. פועל ישיר של הריסת כל מבני הכפר (למעט המסגד ומבנה בן חדר אחד), הינו מניעתם של תושבי הכפר מלהתגורר במקום, ואילו צם לעזוב את מקום מושבם, אדמותיהם ומקורות פרנסתם, ולעבור להתגורר במקומות יישוב אחרים. כאמור, אף מבנה בית הספר העממי של הכפר נהרס, תוך הותרת התושבים ללא מבנה, שיוכל לשמש כבית ספר עבור ילדיהם הקטנים.
17. בעקבות ההריסה פנו העותרות 17 ו-18 ביום 27.7.2005, יחד עם ארגוני זכויות אדם אחרים, ליועץ המשפטי לממשלה ולרשויות הצבא באזור הגדה המערבית. בפניה דרשו הארגונים חקירה של הריסת הכפר והעמדת פתרונות דיור לתושבי הכפר שבתיהם נהרסו, לרבות הקמתם מחדש של המבנים שנהרסו ושיקום הכפר.
- מצ"ב המכתב ליועץ המשפטי לממשלה ומסומן באות ע/4.
18. ביום 21.9.05 נתקבלה תשובת קצין מדור פנים ביועמ"ש איו"ש, ולפיה ביום 5.7.05 הרסו פקחי המשיבה מס' 1 בתיאום עם כוחות הצבא 17 מבנים באזור הכפר ח'ירבת טאנא. על פי המכתב: "מדובר במבנים שנבנו ללא היתרי בניה כדן, מחוץ לתכנית מתאר, באזור המוגדר על פי התכנית S-15 כאזור חקלאי. זאת ועוד המבנים הוקמו בתחום שטח אש 904 תוך הפרה של צו שטח צבאי סגור, החל באותו אזור".

19. לענין מסירת צווי ההריסה למחזיקים במבנים, נטען במכתב, ש"הצווים וההודעות הומצאו כדין למחזיקים במבנים" מבלי לציין כיצד, מתי, על ידי מי ולידי מי נמסרו הודעות וצווים אלה.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/5.

20. לאחר הריסת המבנים ומבלי שיהיה להם דיור חלופי, החלו תושבי הכפר לבנות בשנית את בתיהם ואת המבנים החקלאיים, שנהרסו על ידי המשיבה מס' 1.

21. ביום 4.10.05 פנתה העותרת 18 למשיבה 2 בדרישה להימנע מהריסת בתי הכפר ולהכין תכנית מתאר מפורטת ועדכנית, שתיתן מענה לצרכי הכפר הנוכחיים ולהתפתחותו העתידית.

מצ"ב העתק המכתב ומסומן ע/6.

22. ביום 17.11.05 נתקבלה תשובתו השלילית של קצין ייעוץ מדור פנים ביועמ"ש איו"ש לבקשה להכין תכנית מפורטת לכפר ולהימנע מהריסת מבנים קיימים. בתשובה נטען עוד, כי צווי ההריסה מכוחם בוצעה ההריסה בתחילת חודש יולי עדיין תקפים וניתן לבצע הריסת מבנים מכוחם באזור הכפר בכל עת.

מצ"ב העתק התשובה ומסומן ע/7.

23. בעקבות דחיית הבקשה לתכנון הכפר ולהימנע מהריסת הבתים הקיימים, הוגשה בקשה למתן ארכה עד לסוף חודש דצמבר לנקיטת צעדים משפטיים, אשר במהלכה לא יבוצע צווי ההריסה.

מצ"ב העתק הבקשה ומסומן ע/8.

24. ביום 22.11.05 נדחתה הארכה המבוקשת וניתנה התחייבות להימנע מהריסה במהלך 10 ימים ועד ליום 4.12.05.

מצ"ב התשובה בעניין הארכה ומסומנת ע/9.

הטיעון המשפטי:

צווי ההריסה לא נמסרו כדין

25. קצין ייעוץ מדור פנים טוען במכתבו (נספח ע/5), כי ההריסות בוצעו כדין לאחר הליכי אכיפה ופיקוח מכוח סעיף 38 לחוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 79) לשנת 1966. הליכים אלה, לדידו, נסתיימו בהוצאת צווי הריסה.

26. אולם לידיהם של מי מהתושבים בכפר ובעלי האדמות לא נמסרה כל הודעה על נקיטת הליכים בגין בניה בלתי חוקית, לא כל שכן צווי הריסה. אילו ידעו התושבים, בעלי הבתים והאדמות, על הליכים כלשהם, היו הם מופיעים ומעלים את טענותיהם בפני ועדת המשנה לפיקוח כפי שעשו בעבר עת עמדו על זכותם לעבד את האדמות ועתרו בהצלחה לבית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ 437/86 אבו עלימי ואח' נ' המפקד הצבאי (לא פורסם)). מכל מקום חלה על רשות ציבורית חובה להביא לידיעת הנפגעים מהחלטתה את ההחלטה ותוכנה, למסור אותה כדין ולאפשר קיום זכות טיעון. משלא נהגה הרשות כאמור מתאיין תוקפם של צווי ההריסה ככל שהיה להם תוקף חוקי.
27. ככל שהסמכות גורפת היא, ותוצאת השימוש בה פוגעת במימוש זכויות יסוד, היקף החובה למסור הודעות ולקיים הליך השימוע אמור להיות רחב ומקיף יותר. לעניין זה ראה י' זמיר הסמכות המנהלית (נבו 1996), בע' 813.
28. פסיקת בית המשפט הנכבד הדגישה, לא אחת, את חשיבות קיומה של זכות הטיעון והשמיעה בטרם קבלת החלטה, העלולה לפגוע בזכויות היסוד של האזרח. מן הסתם זכות הטיעון והשמיעה לא יכולה להתקיים מקום בו לא ניתנה כלל הודעה על ידי הרשות בדבר כוונתה ו/או זימון לנפגעים לפרוש את טענותיהם. בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג (2) 529, 540; בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב (3) 1493, 1508;
29. יצויין, כי זכות הטיעון וזכותו של הנפגע להישמע מופרת גם אם לכאורה אין לו מה להשמיע. יתרה מזו לנפגעים מצווי הריסה זכות שימוע נוספת, שעניינה שמיעת הנפגעים בטרם ימומשו צווי ההריסה בפועל באם היה שינוי נסיבות בין מועד הוצאת צווי ההריסה לבין ביצועם. לענין זה ראו בג"צ 5194/03 גרסמן ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נו(4) 426, עמ' 431.
30. בנוסף לחובות המסירה והשמיעה המוטלות על כל רשות ציבורית כמבואר לעיל, מטיל סעיף 62 לחוק התכנון הירדני "חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים" משנת 1966, שהוא החוק החל בגדה המערבית בענייני תכנון ובניה, חובה על הרשות לעשות כל מאמץ למסור הודעות על פי החוק במסירה אישית, ובאם הדבר לא אפשרי, באמצעות דואר רשום.
31. במקרה דנן לא נעשה כל מאמץ להביא לידיעת הנפגעים, המשפחות שבתיהן נהרסו, את צווי ההריסה, לא כל שכן לתת להם הזדמנות להשמיע את טענותיהם. יצויין, כי במכתבו לא מתייחס קצין ייעוץ מדור פנים לטענה בדבר מסירת הודעות וצווים מלבד קביעה בעלמא, שהודעות וצווים נמסרו. לא מצויין לידי מי הם נמסרו, על ידי מי נמסרו, באיזה מועד וכו'. ויודגש, פיזור צווי הריסה באופן אקראי בשטח, שממוענים "מחזיק", אינו יכול להחשב, כמובן, מסירה של צווי הריסה לנפגעים מבעוד מועד.
32. ועוד, לא רק שצווי ההריסה לא הומצאו ולא נמסרו כדין למי מתושבי הכפר, אלא שהמשיבים לא טרחו לבחון מחדש את צווי ההריסה בטרם מימושם בפועל, לא כל שכן להזמין מי מהנפגעים להשמיע את דברם ולשטוח את טענותיהם טרם ההריסה בפועל.

33. על כן, משלא הובאו הצווים לידיעת הנפגעים מההריסה ולא ניתנה זכות טיעון ושמיעה בטרם ההריסה, כל צווי ההריסה שמכוחם הוחרב הכפר היו משוללי כל תוקף חוקי וניתנו שלא כדין.

שטח אש 904 א

34. שטח האש האמור כבר אינו פעיל במשך תקופה העולה על 15 שנים, ולא נראית בו נוכחות של חיילים לצרכי אימון. בנוסף, אין כל סימון בשטח שיש בו כדי להצביע על כך שהמדובר בשטח אש. ככל ששטח זה הוכרז בעבר כשטח אש, הרי כיום שטח זה אינו פעיל, והאדמות, עליהן נבנו המבנים, הן בבעלות התושבים. כמו כן, אין כל מקום לראות בטעמים, הנעוצים במצב התכנוני הקיים בכלל, ובחירבת טאנא בפרט, או כל טעם אחר, כטעמים שעשויים להצדיק או להכשיר את החרבתו של היישוב.

35. מזה שנים לא קם מתנגד לשהות התושבים בשטח הנטען כסגור ומעולם לא טען איש לחזקה נוגדת באדמותיהם. תושבי הכפר חיים בכפר האמור שנים רבות בצורות שונות (מערות, אוהלים ומזה כ-15 שנים במבני קבע), וזה עשרות שנים שהם מעבדים את אדמותיהם באזור ורועים את צאנם.

36. מכל מקום זכותם של תושבי הכפר לחיות בכבוד ולהנות מקניינם גוברת על הצרכים הצבאיים של הצבא הכובש, ככל שישנם כאלה במקרה דנן. וכאמור, שטח האש אינו פעיל מזה שנים ואף הסיבות שהביאו להכרזתו כשטח אש, ובכלל זה השימוש בשטח לצורך אימונים ומניעת מעבר מסתננים מעבר הירדן, חלפו מהעולם. סיבות אלה היו הנימוק, שניתן להכרזתו של שטח האש האמור בתצהיר תשובה, שהגישו המשיבים במסגרת עתירת תושבי חירבת טאנא בבג"צ 437/86 עלימי ואח' נ' המפקד הצבאי (לא פורסם).

מצ"ב העתק התצהיר הני"ל ומסומן ע/10.

37. יתרה מזו, תקופת הזמן הארוכה, שעברה מאז הוצא צו הסגירה בשנות ה-60 ועד ההריסה בחודש יולי שנה זו, מעידה כי הצבא השלים עם הימצאות התושבים על אדמותיהם וכנראה סבר שהימצאותם אינה מסכנת את ביטחונם, וכי לא קיים צורך להגביל את השימוש באדמות, בהן הם מחזיקים ועליהן הם חיים.

38. בנוסף לאמור תושבי חירבת טאנא הם תושבי קבע במשמעותו של מונח זה בסיפא של סעיף 90 (ד) לצו בדבר הוראות הביטחון, שקובע כי "סעיף קטן זה לא יחול על תושבי קבע בשטח סגור". על כן ההכרזה על שטח סגור אינה חלה עליהם, שכן תושבי חירבת טאנא גרים, חיים ומעבדים אדמות באזור הכפר מזה שנים רבות, והם בעלים ו/או מחזיקים כדין באדמות, שהוכרזו כביכול כשטח סגור. משכך הם פני הדברים, הרי שאין סמכות לרשויות התכנון או מי מטעמם להוציא צווי פינוי ו/או הריסה בטענה שהכפר נמצא בשטח סגור.

39. לחלופין, שטח האש האמור הינו גדול ביותר כאשר הכפר ממוקם בפאתיו. על כן, ככל ששטח האש עדיין פעיל, דבר המוכחש על ידי העותרים, ניתן בנקל לתקן את גבולותיו, כפי שנעשה פעמים רבות בעבר, מבלי לגרוע במאומה מצרכי הצבא בשטח אימון באזור, ככל שקיימים צרכים כאלה.

דיני התכנון ובניה החלים באזור

40. ח'רבת טאנא מצויה בשטח C על-פי הסכמי אוסלו. בשטח זה חל חוק התכנון הירדני. עם כיבוש הגדה המערבית קיבלה על עצמה ישראל את החוק הירדני, ובמהלך השנים הכניסה בו מספר שינויים מבניים. אך מבחינה מהותית החוק עדיין בתוקף, והסמכויות לפיו מרוכזות בידי ועדת התכנון העליונה.

41. הממשל הישראלי, בדומה לקודמו הירדני, נמנע מלערך תכניות מתאר אזוריות עדכניות לגדה המערבית. כתוצאה מכך, עד היום, בשטח C נותר תוקפן של שתי התכניות האזוריות, שהוכנו עבורו בתקופת המנדט הבריטי RJ/5 ו-S/15. יש לציין, שאין אסמכתא המעידה על כך שהתכניות הגיעו לשלב האישור הסופי, ויתכן שהן חסרות תוקף חוקי. אזור ח'רבת טאנא כלול בתכנית הצפונית S/15.

42. התכניות המנדטוריות היו עוד בשנים הראשונות לכיבוש, וקל וחומר היום, בסיס בלתי סביר לתכנון ולאכיפה. הסיבה העיקרית לכך היא הפער, שהלך והתרחב עם השנים, בין גודל האוכלוסייה בזמן עריכת התכניות לבין גודל האוכלוסייה בפועל. האזורים, שהיו מותרים לבנייה למגורים, היו מצומצמים והתמלאו במהרה עד שלא נותרה אפשרות לתת מענה לצורכי האוכלוסייה הגדלה.

43. יתרה מזו, התכניות המנדטוריות מצהירות על עצמן כתכניות כלליות, שאמורות להשתנות על-ידי תכניות מפורטות שיוכנו בהמשך. מיותר לציין, שתכניות מפורטות כאלו לא הוכנו בצורה מספקת עבור הכפרים בשטחי C, והתכניות המנדטוריות, שאמורות היו לשמש שלב ביניים בתכנון, נשארו בתוקפן עד היום, שישים שנה לאחר הכנתן, ומוחלים על כפרים פלסטינים או שכונות בכפרים אלה הנמצאים בשטח C.

44. הממשל הישראלי, באמצעות המינהל האזרחי, דאג לעדכן ולשנות את המצב התכנוני בשטח C ככל שהדבר קשור לאוכלוסייה היהודית החדשה באזור. עבור למעלה ממאה ועשרים התנחלויות הוכנו תכניות מפורטות, שביטלו בתחומן את תוקפן של התכניות המנדטוריות. התכניות המפורטות להתנחלויות כוללות פירוט וייעודי קרקע מגוונים, המתאימים למורכבות החיים בדור הזה. בנוסף לכך התכניות להתנחלויות כוללות עתודות קרקע נרחבות לפיתוח והתרחבות הרבה מעבר לצורכי הגידול הטבעי.

45. לסיכום, תכנית S/15 – שיש ספק לגבי תוקפה החוקי - היא תוכנית מיושנת ואינה עונה על הצרכים התכנוניים המודרניים, העכשוויים והעתידיים של האוכלוסיה המקומית. יש להחליפה בתכנית מתאר אחרת, ולכל הפחות להכין תכנית מתאר מפורטת לכפר טאנא בדיוק כפי שנעשה לגבי עשרות התנחלויות יהודיות באזור.
46. חוק התכנון הירדני והתכניות המנדטוריות, שלכאורה על בסיסם הוחרבה חרבת טאנא, לא נועדו למנוע התפתחות טבעית של תושבי הגדה המערבית. ברור לעין כל, כי לא יתקיימו הסדר הציבורי ואף לא בטחון התושבים הפלסטינים או בטחון המעצמה הכובשת אם תיושם מדיניות של הריסת בתי מגורים והחרבת שכונות ואף כפר פלסטיני שלם ברחבי איזור C, המהווה כ- 60% מכלל שטח הגדה המערבית.
47. נהפוך הוא, הנתונים ההומניטריים בשטח מעידים על קיומו של צורך הכרחי במציאת פתרון תכנוני לתושבי הכפרים בשטח C בכלל ולתושבי הכפר ח'ירבת טאנא בפרט. צורך שלא נענה על ידי המינהל האזרחי, תוך הפרת עקרון ההגנה על אזרחים בשטח כבוש לפי המשפט הבינלאומי.
48. מכל מקום, הקביעה שמדובר באזור, בו הבניה אסורה עפ"י תכנית S/15, שכן אזור זה מיועד כאזור חקלאי, הינה קביעה שבפועל מנותקת מהמציאות, שכן מרבית הגוש, בו מצוי הכפר, היה מבונה בבתי מגורים, המאכלסים עשרות נפשות מזה שנים, וזאת עד שבתיהם ועולמם הוחרב. בהנחה, שהאזור הינו אזור חקלאי על פי התכנית האמורה, מן הראוי, כי ועדת התכנון העליונה, כרשות המוסמכת, תשנה את ייעוד האדמות בהן עסקינן, תכין תכנית מתאר מפורטת לח'ירבת טאנא ותאפשר הוצאת היתרי בנייה למשפחות, המתגוררות בכפר, ולמבנים המצויים בו, כולל בית הספר והמועדון הקהילתי.
49. התכניות המנדטוריות אינן מאפשרות בניה ופיתוח. בניגוד להתנחלויות בשטחים, להרבה כפרים פלסטינים לא אושרו תכניות אחרות מכוחן ניתן לבנות או שהתכניות שאושרו אינן עונות על הצרכים הנוכחיים והעתידיים. מחד גיסא עומד מחדל הרשויות, שלא עשו מאומה לתקן את התכניות המנדטוריות ו/או לאשר תכניות אחרות שיענו על הצרכים התכנוניים של הכפרים פלסטינים. מאידך גיסא עולה הטענה הפורמלית, שהבנייה הינה בנייה בלתי חוקית על פי תוכניות שלא עודכנו מזה עשורים, ככל שהדבר נוגע לכפרים פלסטינים. יוצא, שהתכניות המנדטוריות משמשות רק לעניין האכיפה וההריסה של מבנים פלסטינים. השימוש הסלקטיבי בסמכות התכנון מביא לתחולה סלקטיבית של התכניות המנדטוריות על הכפרים הפלסטינים בלבד, דבר הגורם לאפליה מובנית בהפעלת סמכויות האכיפה וההריסה. מצב דברים זה הינו בלתי סביר באופן קיצוני, והופך את השימוש המפלה בתכניות המנדטוריות לצרכי האכיפה וההריסה לבלתי חוקי.
50. מועצת התכנון העליונה וגופי הפיקוח הפועלים מטעמה כרשויות מכוח חוק ו/או על פיו חייבות להשתמש בסמכות הנתונה בידיהן ללא משוא פנים, ביושר ובהגינות לקידום המטרה, אשר למענה הוסמכו לפעול, וללא שרירות לב.

51. חובות אלו מופרות כאשר מוצאים צווי הריסה נגד מבנים הנבנים באזור C, בהתעלם מהצפיפות הקשה ממנה סובלים תושבי השטחים, מבעיות הדיור והמחסור בעתודות קרקע לצורכי בנייה.
52. יתרה מזו, הרשויות המוסמכות מעולם לא התייעצו עם נציגי ח'רבת טאנא, הבקיאים בצרכיהם יותר מכל, בשונה מהיחס המפלה לטובה לו זוכים האזרחים הישראלים המתגוררים בשטחים, עת שהם משותפים בכל החלטות, הנוגעות להם, ובפרט בהחלטות התכנוניות.
53. הבניה הבלתי חוקית של הכפר, שכביכול מיוחסת לתושביו, הינה איפוא באשמת הרשויות באזור, ובכלל זה רשויות התכנון, שלא דאגו מבעוד מועד לתכנן את האזור בצורה שתספק את צרכי התושבים. יצויין שתכנית המתאר מס' 1308 של הכפר בית פוריק, הנמצא בשטח B, ושהוכנה על ידי הרשות הפלסטינית, אינה חלה על הכפר ח'רבת טאנא, שכאמור מצוי בשטח C, ועל כן תוכנית זו אינה נותנת מענה לצרכיהם של תושבי הכפר, המצוי בתחום סמכות התכנון של המשיבים ולא בתחום סמכות התכנון של הרשות הפלסטינית.
54. התכנית המנדטורית מגבילה באופן משמעותי את יכולת האוכלוסיה הפלסטינית לתת מענה לאילוצים, הנובעים מריבוי טבעי ומבעלות משותפת של מספר משפחות בחלקה, כמו במקרה של העותרים. חלק ניכר מן החלקות בגדה המערבית הן חלקות, ששטחן גדול ביותר, שאינן רשומות במרשם המקרקעין ושהבעלות בהן עוברת בירושה, כבעלות משותפת למספר רב של אנשים בני אותה המשפחה. ההגבלות מכוח התכנית S/15, בצד הפסקת תהליך רישום חלקות וחלוקתן ע"י המשיב מס' 5, גורמות לכך שלא ניתן כמעט להוציא היתרי בניה על בסיס התכנית המנדטורית. יוצא, שתוכנית זו משמשת רק כמכשיר להוצאת צווי הריסה.
55. ועוד, המשיבות 1-2 דוחות, כדבר שבשגרה, בקשות של תושבים פלסטינים באזור C לאישור תכניות מפורטות והיתרי בניה, בהתבסס על הנימוק שהמדובר הוא באזור חקלאי לפי התכניות המנדטוריות, בו הבניה אסורה. כל זאת מבלי להפנות לתכנית החלה באזור ותוך התעלמות מהוראותיה, שמאפשרות הוצאת היתרי בניה. כך, למשל, בתי העותרים נמצאים בתחום התכנית S/15, שניתן לפיה לאשר תוכניות שיכון באזור חקלאי (חלק VIII סעיף 11 לתקנון התכנית) או לקבל היתרי בניה בנסיבות מסוימות עד להכנת תכנית מפורטת ותשריטי חלוקת חלקות מאושרים (חלק I סעיף 2, חלק IV[B] סעיף 1, חלק VI סעיף 4 וסעיף 3.3 בטבלת השימושים וחלק VIII סעיף 8 וסעיף 9 לתקנון S/15). על כן, אפילו אם אין ברצון המשיבים להכין ולאשר תכנית מפורטת לכפר כשינוי לתכנית המתאר המנדטורית, ניתן לאשר תכנית לכפר כאזור שיכון חקלאי בהתאם לתכנית S-15, דבר העולה בקנה אחד עם אורח חייהם החקלאי הייחודי של תושבי הכפר. עם זאת, מתעלמים המשיבים גם מאפשרות מוגבלת זו, שכן הם שמו לנגד עיניהם כמטרה לפנות את תושבי הכפר מאזור מגוריהם.

ההריסה מנוגדת למשפט הבינלאומי החל באזור:

56. חובתו הבסיסית של המפקד הצבאי בשטח כבוש הינה לשמור על הסדר והחיים הציבוריים, לטובתם של התושבים המוגנים בשטח הכבוש (תקנה 43 לתקנות האג הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן- "תקנות האג")). חובה זו שומה על המפקד הצבאי לקיים בסבירות ובהגינות. לפיכך, ככל שהמצב התכנוני הקיים איננו משקף את צרכיהם הבסיסיים של התושבים המוגנים ואת אורח חייהם, כמו במקרה דנן, מחובתו של המפקד הצבאי לפעול להתאמת המצב התכנוני לאורח חייה של האוכלוסיה ולצרכיה. חובת התאמה זו חלה מקל וחומר על המפקד הצבאי בגדה המערבית, המחזיק בשטח בתפיסה לוחמתית מזה עשרות בשנים. ברי, כי החרבת מבני מגורים וחקלאות איננה עולה בקנה אחד עם חובה זו, ומהווה פגיעה חמורה בזכויות התושבים.

57. על חובת המשיב 5 לשמור על הסדר והחיים הציבוריים ולהבטיח ניהול חיים תקינים של האוכלוסיה האזרחית ככל האפשר, באזור שבשליטתו האפקטיבית, ועל אחריותו לחיי התושבים ולאיכות חייהם מכל ההיבטים של חיי אדם בחברה מודרנית ראו:

בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז' (4) 785, 797-798.

ובג"צ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כז' (1) 124,

בו נקבע:

"חובותיו והזכויותיו של שלטון צבאי מוגדרות על-פי צרכיו הצבאיים שלו עצמו מצד אחד, ומצד שני על-פי הצורך להבטיח ככל האפשר את חייה התקינים של האוכלוסיה המקומית (וראה בג"צ 337/71, שם, בע' 581-582)". (בעמ' 138)

58. תושבי הכפר הם אנשים קשי יום, שבנו את שבנו מתוך אילוצים ומצוקה אמיתית בה הם שרויים, וכדי לספק תנאי חיים מינימליים לבני משפחתם, שלא לדבר על נאותים וראויים, ולהוציאן מהמערות. לאור נסיון העבר של שכניהם הפלסטינים, ולאור מחדלי המשיבים, שלא טרחו לתכנן כראוי כפרים פלסטינים באזור C, בנו העותרים את בתיהם ללא היתרי בנייה כמוצא אחרון.

59. על כן, בהינתן מחדלי המשיבים והפרת חובתם לדאוג לצרכי אוכלוסיה המקומית ולהתפתחותה ולתכנן את הכפר, אין הם רשאים לטעון, כי התכנית המנדטורית שהוכנה לפני יותר משישים שנה אינה מאפשרת בניה על אדמתם והנאה מזכויותיהם הקנייניות.

60. המפקד הצבאי הפר את חובתו לפי תקנה 43 לתקנות האג, פעם בכך שלא דאג לתכנן את הכפר, בו חיים העותרים, ופעם נוספת בהסתמכותו על מחדליו והפרת חובותיו כדי להוציא צווי הריסה למבנים שבנו העותרים - צווים שמעולם לא נמסרו כדין. בנוסף, צווי ההריסה נשוא העתירה גורמים אף לפגיעה בזכויות יסוד ספציפיות, המעוגנות במשפט הבינלאומי ההומניטרי, במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובדין הישראלי. חלק מזכויות אלה נהנות

מהגנות מיוחדות במשפט הבינלאומי ההומניטרי, והפגיעה בהן מותנית בקיומן של נסיבות מוגדרות.

61. הריסת הבתים, בהם חיים בני אדם, מהווה פגיעה חמורה ביותר בכבוד האדם, באשר היא הופכת את הדיירים למחוסרי בית. בנוסף, הריסת בתי מגורים ומבנים, שמשמשים לפרנסה, מהווה פגיעה חמורה בזכות לעבוד ולהתקיים בכבוד, זכויות המעוגנות בסעיפים 6, 7 ו-11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.
62. הזכות לקיום בכבוד אף הוכרה על-ידי בית המשפט כחלק מכבוד האדם, המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375).

הפגיעה בזכויות קנייניות

63. זכות הקניין מוכרת כזכות חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). המשפט הבינלאומי ההומניטרי מעניק הגנה מיוחדת ומפורשת לרכושם של התושבים המוגנים, ומגביל את הפגיעה בו לנסיבות חריגות ומוגדרות.
64. תקנה 46 לתקנות האג קובעת את חובתו של הכוח הכובש "לכבד" רכוש פרטי. סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים משנת 1949 (להלן - אמנת ג'נבה) אוסר הריסה של רכוש, וקובע את הנסיבות היחידות, שבהן מותר לכוח הכובש לפגוע ברכוש פרטי.
65. על-פי סעיף 53 לאמנת ז'נבה, הרי שהריסת רכוש פרטי תהא מותרת אך ורק כאשר הריסה זו הכרחית לחלוטין לצורך פעולות צבאיות ("except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations"). ברור הוא שתנאי זה אינו מתקיים במקרה בו עסקינן.
66. לכוח הכובש הסמכות לקיים את החוקים החלים באזור טרם הכיבוש רק אם הם עולים בקנה אחד עם חובותיו על פי המשפט הבינלאומי החל באזור. כל פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את החובות המוטלות על הכוח הכובש מכוח המשפט הבינלאומי. בהתאם לרישא של תקנה 43 לתקנות האג מחובתו של הכובש לשמור על החיים הציבוריים ולדאוג לטובתה של האוכלוסייה המקומית. מדיניות של העדר תכנון מצד אחד והנהגת מדיניות הריסת בתים מצד שני אינה עולה בקנה אחד עם חובה זו.

67. דין צווי ההריסה להתבטל גם נוכח מדיניות האכיפה הסלקטיבית, בה נוקטים המשיבים, ובמיוחד המשיבה מס' 1, ככל שהדבר נוגע למפירי חוק ישראלים. יפים לענייננו דבריה של עו"ד ששון בדו"ח המאחזים הבלתי חוקיים:

"מתברר כי מאז 1998 הפסיקה יחידת הפיקוח לפקח ולנסות לאכוף את חוקי הבנייה על ישראלים בתחום הישובים באיו"ש. יחידת הפיקוח אינה בודקת ואינה מדווחת על בנייה בלתי חוקית באזורים אלה."

(טליה ששון, חוות-דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים, עמ' 217; ההדגשה הוספה)

ועוד:

"במהלך השנים נבנו שכונות שלמות, בסמוך ליישובים קיימים ללא תכנית מפורטת ואף על קרקעות שאינן קרקעות מדינה; הוקמו מאחזים בתוך תחום השיפוט של ישובים קיימים – ויחידת הפיקוח לא ביקרה שם, לא דיווחה, לא אספה נתונים ולא ביצעה כל תפקיד של פיקוח.

(שם, עמ' 219-220)

ובנוגע לאי-ביצוע צווי ההריסה, אומרת עו"ד ששון את הדברים החריפים הבאים:

"ככל הידוע לי תלויים ועומדים מזה שנים ארוכות אלפי צווי הריסה נגד בניה בלתי חוקית בשטחים של ישראלים... צווי ההריסה אינם מבוצעים. ביצוע צו הריסה מחייב החלטה של שר הביטחון, וזו לא ניתנה בדרך כלל, על-ידי שרי הביטחון השונים במהלך השנים."

(שם, עמ' 221; ההדגשות במקור)

ראו את חוות הדעת של עו"ד ששון באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה:

<http://www.pmo.gov.il/PMO/Communication/Spokesman/2005/03/spokemes090305.htm>

68. הממצאים החמורים שצוטטו לעיל מצביעים בבירור על אכיפה סלקטיבית של דיני התכנון והבניה בהתאם למוצא לאומי. הם מקבלים משמעות וחומרה יתרה נוכח העובדה, שמאז כיבוש הגדה המערבית יצאו המשיבים מגדרם ועשו את כל שביכולתם כדי לנשל תושבים פלסטינים מאדמתם, להפקיע אדמות, להכריז על אדמות כאדמות מדינה, להכין ולאשר תוכניות מפורטות לעשרות התנחלויות וליישבן ביהודים. כל זאת לצרכי התרחבות ושליטה בקרקע והרחבת התנחלויות הרבה מעבר לדרוש לגידולן הטבעי.

69. בנוסף לאפליה באכיפת דיני התכנון והבניה על הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים, קרי הריסה, עומדת גם התשתית התכנונית המפלה, שמאפשרת כאמור את השימוש בדיני התכנון והבניה על פי מפתח לאומי. הכוונה היא למחדלי המשיבים בהכנת תכניות מודרניות לכפרים הפלסטינים, שנמצאים באזור שליטתם, ובכלל זה לח'רבת טאנא, הכל תוך הפרת חובתם על פי המשפט הבינלאומי לדאוג לצרכי ורווחת תושבי השטח הכבוש המקוריים והמוגנים.

70. ועוד, ככל שהמדובר בבניה בלתי חוקית של תושבים פלסטינים באזור, המשיבים מתימרים להציג את הריסת הבתים, תוך כדי עמידה על שורת הדין, כעניין של אכיפת חוק, כמוצא ראשון וכפועל יוצא של השלטת שלטון החוק. ואילו ככל שהדבר נוגע למתיישבים היהודים במאחזים הבלתי חוקיים, מתעלמים המשיבים משורת הדין ושוכחים את דאגתם האצילית בענין השלטת שלטון החוק בשטחים הכבושים ודנים בעניין כעניין פוליטי-מדיני. לא זו אף זו, בהנחה שהמשיבים לא יכשירו בדיעבד את המאחזים הבלתי חוקיים (ותחילת מעשה בהחלטת משרד המשפטים ויועמ"ש איו"ש לגנוז חלק מההמלצות בדו"ח ששון) הרי שההריסה, אם וכאשר תבוצע, היא תמיד מוצא אחרון לאחר שכל נסיונות ההידברות עם המתיישבים הבלתי חוקיים או נציגיהם כשלו.

על האמור מעידה תשובת הפרקליטות בסעיף 6 לעתירה שהוגשה על ידי "שלום עכשיו" לפינוי שני מאחזים בלתי חוקיים (בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" ואח' נ' שר הבטחון ואח') כלהלן:

"בכוונת שר הבטחון לקיים דיון בהשתתפות נציגי צה"ל והמנהל האזרחי, לצורך בחינת ההיערכות לאכיפת צווי ההריסה שהוצאו כנגד המבנים האמורים, לרבות במסגרת הידברות והסכמה עם נציגי המתיישבים. אם וככל שלא תישא ההידברות עם נציגי המתיישבים פרי, יבחנו גם הדרכים וההיערכות לפינוי המבנים הבלתי מורשים ומימוש צווי ההריסה על ידי גורמי הביטחון ומשטרת ישראל."

מצ"ב תשובת הפרקליטות הנ"ל ומסומנת ע/11.

71. על רקע האמור לעיל, היעילות ומהירות הטיפול של הרשויות בבתי הכפר והמשפחות החיות בהם, מלמדת הן על אכיפה סלקטיבית פסולה ועל שיקולים זרים באכיפת חוקי התכנון והבניה.

72. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט הנכבד על אכיפה בררנית:

"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 ואח' נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 306-307.

ועוד על מהותה של אכיפה בררנית קבע בית המשפט באותו פסק דין:

"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 שהשיקול הפסול באכיפה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק." (שם, עמ' 305)

73. במקרה דנן אף לא עומדת למשיבים חזקת חוקיות המינהל, ועל המשיבים להוכיח, כי צווי ההריסה מתבססים על שיקולים עניינים.

"כאשר לכאורה יש יסוד בראיות שמביא האזרח לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות המינהל והנטל עובר אל הרשות להוכיח כי האכיפה – הנראית לכאורה בררנית – מתבססת בפועל על שיקולים ענייניים."

(שם, עמ' 307-308).

74. לא זו אף זו, כאשר עסקינן בשטחים כבושים, שבהם נותן המשפט הבינלאומי ההומניטרי מעמד מיוחד לתושבים המקוריים כ"תושבים מוגנים", הרי שהפלייתם של תושבים אלה לרעה לעומת תושבי המעצמה הכובשת (שמכוח מעמדם כאזרחי המעצמה הכובשת זכאים לגישה ישירה ומועדפת לרשויות השלטון והמדינה הכובשת) מקבלת חומרה יתרה, העולה אפילו על זו של אכיפה סלקטיבית בין אזרחי אותה מדינה.

אחרית דבר:

75. החובה בדבר שמירה על החיים הציבוריים והבטחון באזור, לטובת התושבים, כוללת בתוכה הכללת שיקולים מהותיים, ולא רק שיקולים פורמליים, בעיצוב מדיניות התכנון ובאכיפה של חוקי התכנון והבניה. חובות המשיבים על פי הדין החל באזור, בצד שיקולים כגון צדק, היסטורית ההתיישבות ותרבותם של בעלי הקרקע, בד בבד עם זכויות אדם בסיסיות, מטילים את הכף לפיתוח מדיניות תכנון אכיפה הוגנת, סבירה ושוויונית. מדיניות אכיפה אסור לה שתהיה בגדר "תקנה שאין הציבור יכול לעמוד בה", ואסור לה להיות כלי פוליטי להפלייתם ולדחיקת רגליהם של אזרחי השטח הכבוש, בניגוד מוחלט למצוות הדין הבינלאומי המגן על תושבים אלה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בפתח העתירה ולהפוך את הצו על תנאי למוחלט לאחר קבלת תשובת המשיבים.

היום: 4 בדצמבר 2005

ירושלים

עאזם בשארה, עו"ד
ב"כ העותרים