

המערערים:

1. אלקסאסי ח'
2. אלקסאסי א'
3. אלקסאסי נ'
4. אלקסאסי י'
5. אלקסאסי ב'
6. אלקסאסי ס'
7. אלחוטרה א'
8. אלחוטרה א'

ע"י ב"כ עוה"ד ראוייה אבורביעה ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או עודד פלר
ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן
ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר ו/או משכית בנדל
ו/או רגד גיראיסי ו/או שרונה אליהו-חי ו/או אן סוצ'יו
האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

-נגד-

המשיבה:

הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום
באמצעות פרקליטות מחוז דרום (פלילי)
קריית הממשלה, רח' התקווה 4
ת"ד 615, באר שבע
טל: 08-6264413 ; פקס: 02-6462812

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית השלום בבאר שבע (השופט יואב עטר), מיום 27.1.2013 בתל"פ 8704-09 (להלן: "החלטת בית המשפט קמא"), בו דחה את בקשת העיכוב לצווי ההריסה שניתנו בשנת 2007 וקבע כי על המערערים לבצע את צווי ההריסה עד ליום 1.3.2013.

החלטת בית המשפט השלום בבאר שבע מיום 27.1.2013 מצורפת ומסומנת ע/1.

רקע - השתלשלות ההליכים

1. המערערים מתגוררים מזה עשרות שנים בכפר הערבי הבדווי סעווה, שקיים עוד לפני קום המדינה (וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך). **משפחות המערערים מונות כ-300 איש מתוך 1,500 תושבי הכפר**. אחרי קום המדינה, תושבי הכפר לא נתבקשו לעזוב את המקום והם ממשיכים לשבת במקום ולהחזיק במקרקעין בידיעת ובהסכמת המדינה.
2. לאחר עשרות שנים של ישיבה והחזקה בקרקע הוגשו נגד המערערים בשנת 2007 בקשות למתן צווי הריסה ללא הרשעה על פי סעיפים 212 ו-213 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק") במעמד צד אחד, להריסת בתי המערערים בבקשות שמספרן: ב"ש 8711/09 (הצו ניתן בב"ש 4859/07), ב"ש 8713/09 (הצו ניתן בב"ש 5035/07), ב"ש 8708/09 (הצו ניתן בב"ש 4863/07), ב"ש 8707/09 (הצווים ניתנו בב"ש 5022/07 וב"ש 5026/07), ב"ש 8710/09 (הצו ניתן בב"ש 4860/07), ב"ש 8704/09 (הצווים ניתנו בב"ש 4841/07 ובב"ש 5025/07), ב"ש 8712/09 (הצו ניתן בב"ש 6880/07), וב"ש 8706/09 (הצווים ניתנו בב"ש 4858/07 ובב"ש 4862/07).
3. כל צווי ההריסה ניתנו במעמד צד אחד תוך שהם נסמכים על תצהיר של מפקח מטעם הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, ומבלי שבית המשפט נוקט בכל האמצעים על מנת לאתר את בעל הבניין שמבוקשת הריסתו או לוודא כי ננקטו כל האמצעים לאיתור בעל המבנה. בית המשפט בכל ההליכים בחר להסתפק בהצהרה מטעם מי מפקידי הפיקוח בכדי להוציא צווי הריסה.
4. במאמר מוסגר יודגש כי מעיון בהחלטות השונות בבקשות לצווי ההריסה עולה תמונה בעייתית, ולפיה מתן צווי הריסה, ללא הרשעה ובמעמד צד אחד, אשר אמורים להיות החרגי שבחריג, הופכים בנסיבות ההחלטות בתיק דנן, לדבר שבשגרה.
5. בצל החשש מביצוע צווי ההריסה ובכדי למצוא פתרון חלופי וישים ניהלו הצדדים משא ומתן עם הרשות להסדרת ההתיישבות הבדווית. במהלך תקופת משא ומתן זו, הוגשו בקשות לעיכוב צווי ההריסה מעת לעת. ברם, משא ומתן זה רחוק ממיצוי, ותוצאתו לא סיפקה את פתרון האכלוס הישים והחלופי לו ייחלו המערערים.
6. משך כל התקופה המערערים ניהלו משא ומתן בתום לב ובמטרה אמיתית להגיע להסכמות אשר יאפשרו להם למצוא פתרון מדור עבורם. למרות שצווי ההריסה עוכבו משנת 2007, רק בינואר 2011 הוצג למערערים פתרון קונקרטי לאכלוס בשכונה 15א ביישוב הסמוך חורה.

סיכום הפגישה מיום 4.1.2011 מצורף ומסומן ע/2.

7. המערערים נתנו את הסכמתם לפתרון שהוצע עבורם, אולם באופן מפתיע ולאחר למעלה משנה, ביום 16.4.2012 החליטה הרשות להסדרת ההתיישבות הבדווית לחזור בה מן ההצעה, זאת לאחר שהמערערים נתנו את הסכמתם, ופיתחו ציפיות לגבי המעבר לשכונה 15א. במקביל, הרשות הציעה את שכונה 16 מבלי לאפשר למערערים לבחון את האפשרות לעומק. ובכלל זה, מי המשפחות שאמורות לאכלס את שכונה 16. מידע זה הינו רלוונטי ביותר לגבי ישימות המעבר שכן החברה הבדווית מתאפיינת במרקם חברתי-קהילתי מסוים הנגזר מהמבנה השבטי ולפיו מגורי המשפחות בישובים השונים נקבעים לפי חלוקה זו. מבנה זה ידוע היטב לרשויות המדינה, לרבות הרשות להסדרת ההתיישבות הבדווית בנגב. והן אף פועלות לפיו, עדות לכך ניתן למצוא בחלוקה לשכונות לפי הגיון זה, של היישובים הבדווים השונים בנגב, לרבות היישוב המדובר חורה. ומכל מקום, טמינת הראש בחול בעניין זה איננה מקדמת פתרונות ישימים.

8. לאחר שהמערערים לא קיבלו את המידע הנדרש, ולאחר חלוף ארבעה חודשים מיום ההצעה קיבלו המערערים את סיכום הפגישה.

סיכום הפגישה מיום 22.8.2012 מצורף ומסומן ע/3.

9. ביום 22.8.2012 פנה ב"כ המערערים דאז עו"ד אלי אלקלעי והבהיר במייל כי הסיכום איננו משקף את הנאמר בישיבה.

תכתובת המייל מיום 22.8.2012 מצורפת ומסומנת ע/4.

10. לאחר שהמשא ומתן הגיע למבוי סתום ובכדי לנסות ולמצותו עד תום, הוגשה בקשה נוספת לעיכוב ביצוע צווי ההריסה ב-30.8.2012.

בקשה לעיכוב ביצוע צווי ההריסה מצורפת ומסומנת ע/5.

11. ביום 27.1.2013 נדחתה בקשת עיכוב הביצוע וניתן פסק דין לפיו על המערערים להרוס את בתיהם עד ליום 1.3.2013. זאת כאשר המערערים נותרים ללא כל חלופת מדור. ר' ע/1

12. ביום 28.2.2013 הוגשה בקשה בהסכמה לעיכוב ביצוע צווי ההריסה עד להגשת הערעור ביום 12.3.2013.

הבקשה מצורפת ומסומנת ע/6.

13. בכדי לברר האם שכונה 16 הינה פתרון אכלוס ישים, פנתה הח"מ בשם המערערים ביום 12.2.2013 לראש מועצת חורה ד"ר מוחמד אלנבארי, בניסיון לברר האם שכונה 16 יכולה להיות פתרון אכלוס ישים עבור המערערים.

מכתב הפנייה מיום 12.2.2013 מצורף ומסומן ע/7.

14. ביום 18.2.2013 השיב ד"ר אלנבארי לפנייה ולפיה שכונה 16 איננה יכולה להיות פתרון אכלוס עבור המערערים וכי שכונות מפותחות ביישוב חורה מיועדות לתת מענה לריבוי הטבעי של תושבי המקום. ד"ר אלנבארי הציע ליתן מענה למערערים במסגרת ההרחבה העתידית של תחום השיפוט של הישוב חורה.

מכתב התשובה מיום 18.2.2013 מצורף ומסומן ע/8.

15. בנוסף למכתב התשובה ד"ר אלנבארי אף הרחיב את טענותיו בדבר בסיס החישוב הדמוגרפי באשר לתושבי היישוב חורה, ולפיו הריבוי הטבעי המחושב לפי מקדם 4.2% שנתי עד שנת 2020. לפי חישוב זה כמות המשפחות תגדלנה וצפויות להצטרף מאות משפחות צעירות לאור נתוני התפלגות הגילאים. כמו כן, ליישוב חורה נדרשים שטחים בהיקף של 3,500 דונם למיצוי הפוטנציאל הכלכלי חברתי של יישוב ועל מנת להציבו במקום אשר ישמש כעוגן אזורי עם רווחה כלכלית.

מצורף תצהיר ראש המועצה המסומן ע/9.

מצורפת טבלה שמועצת חורה ערכה והמפרטת את מספר הנפשות הצפוי בחורה בשנת

2024, לפי התפלגות משפחתית והמסומנת ע/10.

מצורפת החלטת מליאת מועצת חורה מאפריל 2006, בדבר אי קליטת תושבים מחוץ

ליישוב חורה מצורפת ומסומנת ע/11

16. מכל האמור לעיל עולה כי המערערים עשו כל אשר ביכולתם בכדי להגיע לפתרון אכלוס מוסכם וישים, וכי הרשות להסדרת ההתיישבות הבודווית חזרה בה מהפתרון לו הסכימו המערערים. והציעה פתרון שאיננו ניתן ליישום מבחינת הרשות המקומית. תנאי שבלתו לא ניתן לקדם כל פתרון.

17. ומכאן, שבית משפט קמא טעה משלא שכלל את כל המרכיבים האמורים, ואפשר לצדדים למצות את המשא ומתן עד תום, בטרם יעדיף את החלופה של ביצוע צווי ההריסה, שתחרוץ את גורל המערערים משפחותיהם וילדיהם להרס ללא מדור חלופי.

החלטת בית המשפט קמא

18. בית המשפט קמא שגה משהחליט שלא לעכב את ביצוע הצווים לתקופה נוספת ובכדי למצות את המשא ומתן בעניינם של המערערים, בטענה כי לא ניתן לדחות את ביצועם של צווי הריסה שנים כה רבות, אך ורק בשל כך שהצדדים מנהלים משא ומתן לגבי פתרון חלופי בעניינם. כאמור, למרות שצווי ההריסה עוכבו משנת 2007, רק בשנת 2011 הוצג למערערים פתרון אכלוס קונקרטי בשכונה 15 א ביישוב חורה. פתרון שלו הסכימו המערערים. העובדה כי הרשות להסדרת ההתיישבות הבודווית חזרה בה מן הפתרון והציעה פתרון שאיננו ישים מבחינת המועצה המקומית חורה, לא נלקחה כשיקול

בהחלטת בית המשפט קמא, אשר בחר להציג את המערערים כסרבני פתרונות. דבר החוטה לתמונה העובדתית שהוצגה לעיל.

19. בית המשפט קמא שגה משקבע שהמערערים מתנגדים לפתרון שהוצע להם בנימוק הבא: "אינו מתאים למבנה השבט של המבקשים והמבקשים לא יכולים לגור בסמיכות לאלו שהמשיבה אמורה ליישב בשכונה 16 בחורה". בית המשפט התעלם מהמבנה החברתי של האוכלוסייה הבדווית, הנגזר מהמבנה השבטי. מבנה שידוע היטב למשיבה, ולרשויות המדינה שתכננו את היישובים הבדווים לפי חלוקה זו. המערערים דחו פתרון זה מאחר שהוא אינו בר ביצוע מבחינת המועצה המקומית חורה, ואשר מיועד לאכלוס של תושבי היישוב חורה, ולמתן מענה לריבוי הטבעי של תושבי המקום. בית המשפט קמא, בחר להתמקד בנימוק פשטני זה במקום לבחון את התמונה הכללית שבגינה המערערים דחו את הפתרון. המערערים לא אמורים להיות בני ערובה להסכמות או אי הסכמות ביחס לאכלוסם. ועל כל פתרון אכלוס להיות ישים ובר ביצוע.

20. בית המשפט שגה משלא עיכב את ביצוע הצווים עד למציאת פתרון מוסכם לאור המציאות ההיסטורית והתכנונית של הערבים הבדווים בנגב כפי שתפורט להלן.

ואלה הם נימוקי הערעור

21. **הכפר סעווה**: הכפר נמצא מזרחית לעיירה חורה, צפונית לכביש שוקת-ערד מס' 31. שטח אדמות הכפר משתרע על כ-8,000 דונם. מדובר בכפר היסטורי שנוסד לפני קום המדינה. הכפר נקרא על שמה של חירבת סעווה (הנקראת בעברית תל-ישוע). בכפר נמצאו שרידי מבצר עתיק בנוסף לשרידי חרס, בארות ומערות, המעידים על התיישבות רציפה ארוכת שנים. הכפר מונה כ-1,500 נפש, המחולקים למספר משפחות מורחבות: אלאטרש, אבו סבית, קסאסי, חואטרה ואבו נאדי. בכפר אין שירותי בריאות וחינוך והתושבים נאלצים לנסוע לבאר שבע ועיירה חורה כדי לקבל שירותים אלה.

לרקע ההיסטורי של הכפר סעווה ר' המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב, במקום - מתכננים למען זכויות תכנון, **תוכנית אב להכרה בכפרים הבלתי מוכרים בנגב**, 2012 (טרם פורסם) עמ' 326-327 (להלן: "תוכנית אב להכרה בכפרים הבלתי מוכרים בנגב"). למהדורה המקוצרת בקישור:

<http://bimkom.org/publicationView.asp?publicationId=257>

22. **מעמד תכנוני: תוכנית מתאר מחוזית לאזור באר שבע תמ"מ 4/14/23**

ביום ה-09/05/2007 התפרסמה בילקוט הפרסומים 5661, הודעה בדבר הפקדת תכנית מתאר מחוזית חלקית למחוז הדרום. התמריץ העיקרי להכנת התכנית היה העתירה שהוגשה לבית המשפט העליון במרץ 2000 ע"י האגודה לזכויות האזרח בשם תושבים, המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב וארגונים נוספים. בג"ץ 1991/00 **אסחאק**

אבו חמאד נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה (טרם פורסם, ניתן ביום 26.7.07). כנגד תמ"מ 4/ 14 בהיותה מפלה ולא נותנת מענה לצרכיהם הבסיסיים של תושבי הכפרים הבלתי מוכרים. בעתירה הוצא צו בנובמבר 2000, המורה למוסדות התכנון לתקן את תמ"מ/4/ 14 "באופן שהתכנית תחייב תכנון ישובים כפריים עבור האוכלוסייה הערבית הבדואית במחוז הדרום, ותכלול הנחיות לתכנון הישובים, שתתחשבה באופן מרבי, מבחינת מספרם ומיקומם של הישובים, בצרכי ובמאויי האוכלוסייה הערבית הבדואית".

23. ביולי 2001, התחייבה המועצה הארצית לתכנון ולבניה בפני בג"צ שתכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע, תמ"מ 4/ 14 שינוי 23. שבתחומה מתגורר הרוב המכריע של האוכלוסייה הערבית במחוז הדרום, תיתן מענה ראוי לעתירה. המועצה התחייבה שצוות התכנון של התכנית יידרש "לעסוק כעניין עיקרי בגיבוש הצעות לפתרון בעיית ההתיישבות הבדואית באזור". בנוסף התחייבו מוסדות התכנון ש"המתכננים שייבחרו... יידרשו לבחון את צורת ההתיישבות הכפרית כאחד הפתרונות ליישוב התושבים הערביים הבדואים שמחוץ לעיירות הקיימות" ובאופן קונקרטי התחייבו שמתכנני תכנית זו יידרשו "להיפגש עם נציגי התושבים האמורים ולבחון ביחד איתם הצעות קונקרטיות לישובים חדשים ובהם ישובים כפריים".

24. צוות התכנון של תמ"מ 4/ 14 שינוי 23, לא התייחסו באופן נקודתי לכל כפר וכפר, ובכללם לכפר סעווה. התכנית הופקדה ע"י המועצה הארצית לתכנון ולבניה ודבר הפקדתה הובא לידיעת הציבור. תושבי הכפר סעווה הגישו התנגדות לתוכנית באוקטובר 2007 באמצעות המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, והאגודה לזכויות האזרח. בין היתר, הועלו בהתנגדות הטענות הבאות: התכנית מתעלמת ואיננה משקפת את המצב הקיים התכנוני. התכנית מתעלמת טוטאלית מקיומו של הכפר סעווה שקיים לפני קום המדינה.

הליך תכנוני סביר חייב לבחון ולנתח את המצב הקיים של אזור התכנון ולהתמודד איתו על מנת לתת מענה ופתרונות שהולמות את השטח ואוכלוסייה היעד. אי-סימונו של הכפר סעווה ככפר קיים על המפה, מהווה בסיס לפגם מהותי בשיקולים התכנוניים ובהליך התכנוני. בהתנגדות הועלו שלוש חלופות להסדרת המעמד המוניציפאלי של סעווה המובאות להלן לפי סדר סבירותן: 1. שיוך הכפר לתחום המוניציפאלי של חורה. 2. הכרה בכפר כיישוב עצמאי. 3. צרוף הכפר למוא"ז אבו בסמה.

ההתנגדות מצורפת ומסומנת ע/12.

25. תהליך השימוע של ההתנגדויות נערך בפני החוקרת תלמה דוכן, אשר מונתה לצורך כך על ידי המועצה הארצית לתכנון ובנייה (להלן "החוקרת"). על פי תכנית מטרופולין באר שבע, חלק משטח הכפר נמצא ביעוד הקרקע "נוף כפרי חקלאי משולב", וחלק אחר נמצא באזור נופש מטרופוליני, יער וייעור ושטח אש. ההמלצה בדו"ח החוקרת בעניין ההתנגדויות שהוגשו כנגד תכנית המטרופולין, היא: "מוצע להגמיש את ההוראות כך שהן יאפשרו לסעווה שכונה בחורה או בצמוד דופן לחורה, וניתן לצורך לשקול אפשרות להקים שכונה כזו בצידו המזרחי של כביש הגישה לחורה ולאורכו, בשטח המיועד

לאזור נוף כפרי חקלאי משולב. בתכנון מפורט, ובתיאום עם התושבים ניתן להגדיר את אופי השכונה כשכונה בעלת צביון כפרי או חקלאי".

העתק המלצות החוקרת ביחס לכפר סעווה מצורף ומסומן ע/13.

26. המלצות החוקרת אומצו בצורה חלקית על ידי ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים ביום 20.7.2010 (פרוטוקול ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים מס' 434 מיום 20.7.2010, עמ' 25). באמצעות סימון השטחים שהחוקרת הצביעה עליהם כאזור "נוף כפרי חקלאי משולב". כך שיהיה ניתן בחלקים מן האזור לתת פתרונות תכנוניים באמצעות תכנון מפורט. באוגוסט 2012 תמ"מ 4/14/23 קיבלה תוקף סטטוטורי ודבר אישורה פורסם ברשומות. <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/0C697EEB-ADD0-4990-A474-52D400AF00A9/37282/6457.pdf>

העדר קיומו של אינטרס ציבורי המצדיק ביצוע צווי ההריסה

27. בנסיבות העניין, ולאור המלצות החוקרת הטומנות בחובן פוטנציאל להסדרה תכנונית לתושבי הכפר, ובהתחשב בכך שהמשא ומתן בעניינם טרם מוצה, לא מתקיים אינטרס ציבורי שיצדיק הריסה ופינוי על פני קידום פתרון. ומכאן, שיש לאפשר את הזמן הנדרש בכדי שיהיה ניתן ליישם את המלצות החוקרת, ולהגיע בהסכמה לפתרון תכנוני ישים עבור המערערים. היה על בית המשפט לבחון את תקופת העיכוב הנדרשת לביצוע צווי ההריסה ביחס להליכים התכנוניים ולזמן הנדרש למציאת פתרון תכנוני ישים לסוגיה זו. המציאות ההיסטורית והתכנונית של הכפר סעווה כפי שפורטה לעיל, מחייבת הסתכלות מערכתית יותר על סוגיית הכפרים הבלתי מוכרים ובכלל זה הכפר סעווה, ומתוך מגמה לנסות ולהגיע לפתרונות והסדרים שיאפשרו לתושבים הכפרים לחיות בכבוד. שיקול זה הינו שיקול מרכזי ולגיטימי שהיה על בית המשפט קמא לשקול כאינטרס ציבורי ולהאריך את המועד לביצוע צווי ההריסה.

28. כל עוד לא מוצו ההליכים למציאת פתרון קבע עבור המערערים אין הצדקה לביצוע צווי ההריסה והותרת התושבים ללא קורת גג. השתלשלות ההליכים כפי שפורטה בהרחבה לעיל ביחס למשא ומתן שנוהל, ולעמדת ראש מועצת חורה שלא נלקחה בחשבון, מובילה למסקנה כי המערערים אינם סרבני פתרון, וכי המשא ומתן בעניינם טרם הגיע למיצוי. והמסקנה היא כי האינטרס הציבורי מחייב את מיצוי של המשא ומתן עד להגעה לפתרון מוסכם וישים עבור הצדדים. לא זו בלבד שמתקיימים שיקולים לעיכוב ביצוע בשל הצורך במיצוי המשא ומתן והמציאות התכנונית, אלא גם שאין שיקול שמחייב הריסה מיידית או אינטרס ציבורי שבהריסה זו.

29. בתל"פ (ק"ג) 2137-09 מ.י ועדה ו מחוז-דרום נ' לא ידוע (פורסם ב-6.12.2011) שבו נדונה בקשה לביטול צווי הריסה שיפוטניים שניתנו במעמד צד אחד כנגד בתי תושבים ערבים

בדווים מהכפר הבלתי מוכר אלסרה, שקיים 80 שנה ובו מתגוררים 350 תושבים. בית המשפט קיבל את בקשת המבקשים והורה על ביטול צווי הריסה שניתנו מעמד צד אחד כנגד בתיהם. שם נקבע, כי בצד השיקולים הכלליים, לפיהם חוטא לא ייצא נשכר, וכי יש לאכוף את שלטון החוק בתחום התכנון והבנייה, אין זה מקרה שבו קיימים נתונים המצביעים על צורך מיידי, כאינטרס של הציבור, לביצוע הריסה של המבנים.

"...אין ספק, כי המדובר הוא בשיקולים ציבוריים בעלי חשיבות רבה ואולי גם בבחינת שיקולים עיקריים שעל בית המשפט לשקול, בבואו לבחון קיומו של אינטרס ציבורי בהקשר לצווי הריסה שניתנו לפי סעיף 212 לחוק. יחד עם זאת, שיקולים אלה ראוי שייבחנו תמיד בצד של שיקולים נוספים והם שיקולים אישיים ונסיבות המקרה הספציפי המונח להכרעתו של בית המשפט. במקרה שבפניי, המדובר הוא במספר גדול של מבנים, בהם מתגוררים למעלה משלוש מאות איש. ברור לכל, כי הותרתם של צווי ההריסה על כנם, משמעותה הפיכתם של קבוצת אנשים גדולה זו לחסרי בית ומקום מגורים. לעניין זה, חשוב לחזור ולהדגיש, כי המבקשים ובני משפחותיהם מתגוררים במקום מזה עשרות שנים, במהלכם נבנו עשרות בתים, ללא כל מחאה והתערבות של המדינה... בבוא בית-המשפט להכריע בבקשות מסוג אלה שבפניי, יש לערוך את האיזונים הנכונים בעיני בית-המשפט, בין האינטרסים הציבוריים הכלליים, הספציפיים לאותו המקרה, ומול זאת, השיקולים האישיים של אלה אשר את ביתם מבקשת המדינה להרוס בצו שיפוטי..."

שלטון החוק

30. עקרון שלטון החוק משמעו השלטת החוק ואכיפתו הן ביחס לפרט והן ביחס לרשויות המדינה. שלטון החוק משמעו שלטונו של החוק הראוי, אשר מגשים את ערכי היסוד של השיטה בכלל וזכויות אדם בפרט: "שלטון החוק במובנו הפורמאלי משמעותו, שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על פי החוק... לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמאלית, גם משמעות מהותית: זה שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צרכי הכלל והפרט" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 622-621 (1986)).

31. לשיטת בית משפט קמא "לא ניתן לדחות את ביצועם של צווי הריסה שנים כה רבות, אך ורק בשל כך שהמבקשים מנהלים עדיין מו"מ, לגבי פתרון זה או אחר בעניינם." בעניינו, מקום בו התנהל משא ומתן שטרם מוצה, יש לערוך את האיזון הראוי שבין האינטרס הציבורי שבאכיפת חוקי התכנון והבניה ובין אינטרס ציבורי וחשוב לא פחות על שמירה על זכויות אדם וקיום חובת ההגינות והסבירות מצד רשויות התכנון כלפי האזרח, לא כל שכן אזרחים השייכים לקבוצות המוחלשות בחברה. על שלטון החוק לקדם את התכליות

ששומרות על זכויות האדם ובכלל זה המערערים, ומכאן שקיום משא ומתן שמקדם תכליות אלה עדיף על פני קיום צווי הריסה, והותרת מאות אנשים ללא קורת גג.

32. גישתו של בית משפט קמא איננה עולה בקנה אחד עם עקרונות צדק בסיסיים והיא עומדת בניגוד מוחלט לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מעגן את הזכות לקניין והזכות לקורת גג כזכויות חוקתיות. גישה זו אף מנוגדת לכללי המשפט הציבורי ובראש ובראשונה החובה לנהוג בהגינות וסבירות.

33. שמירה על שלטון בחוק במובנו הפורמלי ומניעת אנדרלמוסיה, שיוצרת בנייה ללא היתר, ללא מתן האפשרות למצות משא ומתן שבסופו של דבר יוביל להסדרת והתרת בנייה חוקית במסגרת תוכנית מתאר, אינן שקולות כנגד הפגיעה בזכויות היסוד של המערערים.

34. מימוש צווי ההריסה בנסיבות דנן איננו יכול להגשים את תכלית שלטון החוק. הותרת המערערים ללא קורת גג כאשר ישנן אפשרויות מדור העומדות על הפרק, ואשר החלופות ביחס אליהן טרם מוצו.

35. עקרון שלטון החוק דווקא מחייב תגובה מתאימה כאמור בכל מקרה של פגיעה בזכות חוקתית. משהכירו חוקי היסוד בזכויות האדם, מוטלת הבטחת אכיפתן על בית המשפט:

"זכויות ללא סעדים עשויות להיות ללא כל תועלת. פרשנות תכליתית של הזכות חייבת להוביל ליצירת סעדים האוכפים את הזכות. זכות אינה קיימת בחלל; צמוד לה סעד האוכף אותה... קיומה של הזכות צריך להוביל לגיבושו של הסעד. חוקי- היסוד הכירו בזכויות אדם, ומההכרה חייבים להיגזר הסעדים בגין הפרת זכויות. חוקי- היסוד ייעשו פלסטר אם הזכויות החוקתיות לא יגררו אחריהן סעדים מתאימים. הכרה בזכות חוקתית, גוררת אחריה הכרה בתרופה מתאימה אם הזכות מופרת; קיומה של זכות מחייב קיומה של תרופה... שלטון החוק מחייב כי פגיעה בזכות תגרור אחריה תגובה מתאימה... נקודת-המוצא החוקתית צריכה להיות כי לכל פגיעה בזכות אדם חוקתית תמצא תרופה מתאימה." (א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ג', פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 703).

שמירה על זכויות יסוד בהליך התכנוני

36. לאותה תוצאה אף ניתן להגיע בנייתו הסוגיה לאור הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאור הכלל המחייב את רשויות השלטון להפעיל את סמכויותיהן באופן שיש בו כיבוד של זכויות אדם.

37. הלכה פסוקה היא, כי בכל חוק שזורה תכלית כללית של הגשמת ערכי השיטה, ולאור תכלית כללית זו יש לפרש את הוראות החוק. הלכה זו אינה פוסחת על חוק התכנון והבניה והסמכויות וההליכים הקבועים בו, אותם יש לפרש באופן שמגשים זכויות יסוד:

"נקודת המוצא החוקתית הינה קיומן ושמירתן של זכויות היסוד במשטר דמוקרטי. ההנחה היא, כי המחוקק... שעה שהוא מוציא תחת ידו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמר את זכויות היסוד. מכאן, שתכליתה של כל חקיקה היא לקיים ולשמר זכויות יסוד ולא לפגוע בהן... **כך יש לפרש את תכליתו של חוק התכנון והבניה, כבר להגשים את עקרונותיה של השיטה המשפטית...**" (רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל אביב-יפו ואחרים, פ"ד נא(4) 625, 645 (1997)).

38. בענייננו, שתי זכויות יסוד מרכזיות מונחות על הכף, כשמופעלת הסמכות להוציא צו הריסה על בתי מגורים: הזכות לקורת גג והזכות לקניין (ניתן למנות אף זכויות יסוד נוספות המושפעות מהריסת בית, כגון הזכות לפרטיות, הזכות לשמירה על שלמות הגוף ועוד).

הזכות לקורת גג

39. הזכות לדירור הינה זכות חברתית ראשונה במעלה, ונראה שעדיין, כיום, היקפה אינו ברור. אולם כבר היום הזכות מוגנת בצורה חלקית על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במסגרת הזכות לכבוד, ובית המשפט העליון חזר ופסק, כי היעדר קורת גג עולה כדי פגיעה בכבודו של אדם. בפרשת מיסטר מאני נפסק שהזכות למדור מווה חלק מן הזכות למינימום תנאי קיום אנושיים ונתפסת כזכות יסוד בעלת תוקף חוקתי.

ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל נ' רייז פ"ד נח(3) 934, 942 (2004);

רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001);

האגודה לזכויות האזרח, הנדל"ניסטית - הפרה של הזכויות לדירור ע"י מדינת ישראל, כתיבה עו"ד גיל גן מור (2008).

40. זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו, וזכותו שלא להיות מפונה בכפייה ממקום מגוריו, בין כתוצאה מהריסת דירת מגוריו ובין אם בדרך אחרת, חוסות אף הן תחת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **בפרשת עגורי נפסק**, כי הוצאתו הכפויה של אדם מביתו פוגעת בכבודו כאדם, בחירותו וגם בקניינו. שם נפסק כי "ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים..." (בג"צ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002)).

41. בית המשפט העליון עמד על המשמעות המהותית של דירת המגורים כמרכז חייו של האדם:

"עניינו אין הוא בקניין ולא ברכוש על דרך הסתם-קניין ורכוש ששוויים בשוק הוא כך וכך - אלא בביתו של אדם, במשכן למשפחה. מקום מגוריו של אדם הוא מקום משוקע חלק

מחיי, בבית הספר הסמוך לומדים ילדיו, אפשר בחר במקום מגוריו בשל היותו סמוך
למקום עבודתו או בקרבת ידידיו, מתחילה ביקש לעצמו מקום שקט-או מקום מרכזי-
למגוריו, ועוד שיקולים כיוצא באלה העושים ביתו של אדם למשכן לו בקהילה. (רע"א
7112/93 צודלר נק שרה יוסף פ"ד מח (5) 550,566 (1994)).

42. בשל חשיבותה החברתית והערכית של הזכות לקורת גג, ישנם אף הסדרים שונים
בחקיקה, הקובעים כי אין לפנות אדם מביתו בהעדר בטוחה לדיור חלופי לו ולבני
משפחתו, גם כאשר הפינוי נועד לממש אינטרס חברתי חיוני. כך, למשל, סעיף 38 לחוק
ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, המחייב את המוציא לפועל לוודא, כי לחייב ולמשפחתו
דיור חלופי טרם תפיסת דירת המגורים, וכך סעיף 86 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש],
תש"ם-1980. באופן דומה, סעיף 79 לחוק המים, התשי"ט-1959 מחייב מתן דיור חלופי
למי שהמקרקעין שלו נתפסו לצורך הקמת מפעל מים, וסעיפים 39 ו-42 לחוק בינוי ופינוי
של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965 מעניקים זכות לדיור חלופי למי שגר במקרקעין
שהופקעו באזור שיקום.

43. החוקים האמורים מבטאים איזון בין צרכים חברתיים לבין הזכות לקורת גג. גם
במקרים בהם יש עילה חוקית לפינוי, חלה חובה להבטיח קורת גג לאדם. כבוד הנשיא
(בדימוס) ברק אמר את הדברים הבאים בכנס לרגל יום זכויות האדם שנערך במסגרת
הקליניקות המשפטיות של האוניברסיטה העברית ביום 10.12.03:

"ביחס לדוגמא שניתנה לגבי פולשת שפלשה באופן בלתי חוקי לדירת דיור ציבורי וכעת
קיבלה צווי פינוי מבחינתי אין פה בעיה בכלל. זו בעיה פשוטה. זה ברור שבאיזון
אינטרסים בין קניין המדינה או הציבור לבין זכותה לדיור מינימאלי, היא גוברת ולא ניתן
לפנותה בלי למצוא לה דיור חלופי. זו רמה מינימאלית שלזכות חברתית שמוגנת בכבוד
האדם. אמרתי את זה בעבר לגבי מסיגי גבול בכיכר הלחם וזה נכון גם לאותה אם חד
הורית שפולשת בלית ברירה לדירת דיור ציבורי בלית ברירה. מבחינתי זה פשוט וזה פתיר
כבר המצב החוקתי דהיום באמצעות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו".

44. כפי שלא ניתן לפנות לרחוב אדם שלא עמד בתשלום חובותיו, וכפי שלא ראוי לפנות
לרחוב אדם חסר דיור שפלש לדירת מגורים פנויה, כך אין לבצע צו הריסה של דירה
שמשמשת למגורים, בטרם וידא הגוף המבצע, כי יש לבני המשפחה קורת גג חלופית.
פרשנות זו מתחייבת לנוכח מעמדה החוקתי של הזכות לקורת גג וחשיבותה של דירת
המגורים כמרכז חייו של אדם, כמתואר לעיל.

45. מקרה המזכיר את המקרה שלפנינו התרחש בדרום אפריקה, והוליד את אחד מפסקי
הדין החשובים והמרכזיים של בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה בעניין הזכות
לקורת גג – פסק הדין Grootboom. באותו מקרה נדונה עתירה של קבוצת אזרחים,
שסבלה ממצוקת דיור קשה ביותר עקב מדיניות הדיור המפלה שהייתה נהוגה באזור
מגוריהם. בהיעדר פתרונות דיור נאותים, נטשו הדיירים את הבקתות שבהן התגוררו
והתיישבו ללא היתר באדמת מדינה שהייתה אמורה לשמש לבניית דיור ציבורי.

כשהרשויות ביקשו לפנותם, ובהיותם בסכנה מיידית לאיבוד קורת גג, פנו לבית המשפט. בית המשפט החוקתי התרשם כי תוכנית הבינוי והשיכון לאזור כף התקווה הטובה היה בלתי סביר ולא היה בו כדי לענות על צרכי הדיור של התושבים. לפיכך הורה בית המשפט בצו למדינה להכין תוכנית דיור חדשה העומדת בתנאי החוקה, וכמו כן הורה כי לא יפנו הדיירים הפולשים ללא פתרון דיור ארעי הולם, וזאת עד לתיקון אי החוקיות בהליכי התכנון. פסק הדין סוכם בגיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ודרום אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, עמ' 385-387 (ד"ר יורם רבין וד"ר יובל שני עורכים, 2004); להליך עצמו ר: The Government of the Republic of (South Africa v. Grootboom, 2000(11) BCLR 1169 (CC).

46. הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים (adequate housing) מוכרת במשפט הבינלאומי בשורה ארוכה של אמנות, לרבות האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 (סעיף 27(3)) והאמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים משנת 1981 (סעיף 14(2)(h)). סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 מעגן את זכותו של כל אדם לתנאי מחיה נאותים הכוללים את הזכות לדיור. הערה כללית 4 של האמנה, המהווה את הפרשנות הרשמית של האמנה, מטילה על המדינה את החובה לדאוג לנגישות שווה לדיור. כמו כן פורשה האמנה ככוללת חובה להבטיח לכל אדם תנאי פרטיות ומרחב מחייה הולמים, קורת גג שכוללת תנאי מחיה נאותים, לרבות הגנה מפני קור, רטיבות, חום, גשם, רוח או כל איום אחר לבריאות, בטיחות המבנה, חיבור לתשתיות חשמל ומים בטוחים לשתייה, אוורור ותאורה ותנאים שמאפשרים שמירה על היגיינה ובריאות הדיירים. כמו-כן, על המדינה מוטלת החובה להעניק לכל אדם הגנה משפטית מפני פינוי שרירותי או הפרעה לשימוש. פינוי אדם מביתו או קהילה ממקום מגוריה יכול להיעשות רק לאחר שנבחנו כל האלטרנטיבות האפשריות. (הערה כללית 4 ל-ICESCR: <http://www.fao.org/righttofood/KC/downloads/vl/docs/AH356.pdf>)

47. ההכרה בזכות לדיור, בתוכה בזכות לקורת גג, מחייבת פרשנות דווקנית ומצמצמת של הוראות וסמכויות, המובילות לשלילת הזכות. פרשנות כזו מובילה למסקנה הברורה, כי יש לבחון את תקופת העיכוב הנדרשת לביצוע צווי ההריסה ביחס להליכים ולזמן הנדרש למציאת פתרון מדור חלופי. וכי, יש להעדיף את החלופה שיש בה בכדי לקדם פתרון תכנוני ישים עבור המערערים על פני חלופה הפוגעת בקידום פתרון שכזה.

הזכות לקניין

48. המערערים יטענו, כי זכותם לשימוש בקרקעות אותם הן משמשות למגורים עובר להקמת המדינה, ומשך עשרות שנים יוצרת זכות חוקתית לקניין לפי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

49. את דיני התכנון והבנייה, לרבות סמכויות האכיפה שניתנות מכוחו, יש לפרש באופן שישקף את ההכרה בזכות הקניין כזכות חוקתית. המערערים יושבים במקום ישיבה ממושכת, בנו את בתיהם, גידלו את ילדיהם וחיו את חייהם במקום, וכן הציפייה וההסתמכות כי זהו ביתם וזוהי אדמה בה יוכלו להשתמש באופן תמידי, כל אלה משכללות זכות קניינית חוקתית הראויה להגנה על ידי רשויות המדינה.

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

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

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

51. ולעניין זה נקבע בפרשת חוף עזה כלהלן:

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

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

לזכות הקניין ראו עוד:

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

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

בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001)
יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (1995)

העדפת החלופה של ביצוע צווי ההריסה על פני חלופות אחרות שיובילו לפתרון

תכנוני

52. בית המשפט קמא מעדיף את ביצועם של צווי ההריסה, על פני עיכוב ביצוע צווי ההריסה עד למציאת פתרון תכנוני ישים, במסגרת משא ומתן. משמעות החלטה זו הינה הותרת מאות אנשים ללא קורת גג, וללא פתרון מדור חלופי. ביצוע צווי ההריסה במקרה דנן לא רק שפוגע קשות בזכויות היסוד של המערערים בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא אף הוא פוגע בחוש הצדק האנושי, אשר חייבת להנחות את מערכת אכיפת החוק.

53. אין ספק כי הריסת דירת המגורים של אדם פוגעת בזכותו לקורת גג הנכללת בזכות החוקתית לכבוד. מימוש צווי ההריסה הוא בגדר פגיעה בזכויות שחייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, אשר בסעיף 8 לחוק היסוד, בכדי שתהיה חוקתית. בפרט, על ההריסה לשרת תכלית ראויה ולפגוע בזכויות במידה שאינה עולה על הנדרש.

תכלית ראויה

54. המערערים יטענו כי ייעוד בתייהם להריסה ללא מיצוי המשא ומתן בעניינם, וללא מציאת פתרון אכלוס חלופי וישים עבורם איננו לתכלית ראויה. עקירתם מכפרם לאחר שישבו בו לפני קום המדינה איננו לתכלית ראויה. הפגיעה בזכויות החוקתיות של המערערים במקרה דנן כאשר אין אינטרס ציבורי מובהק המצדיק זאת אינה לתכלית ראויה. אי מיצוי המשא ומתן בעניינם של המערערים והעדפת החלופה של הריסת בתייהם איננה לתכלית ראויה. נהפוך הוא האינטרס הציבורי מחייב את הרשויות לספק אלטרנטיבות תכנוניות ישימות שיאפשרו למערערים מדור חלופי. ואי מיצוי כל החלופות הוא הפוגע באינטרס הציבורי. כל אלו מובילים למסקנה הברורה, כי ייעוד בתי המערערים להריסה אינו יכול להיות לתכלית ראויה.

55. הפסיקה קבעה כי תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם אינה תכלית ראויה. תכלית אשר מתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה. תכלית אשר לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים אינה תכלית ראויה. על מהותה של תכלית ראויה נקבע בפס"ד חוף עזה כדלקמן:

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

חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית".

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

ראו לעניין זה גם :

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

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

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

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

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

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

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

58. ניתן לקבוע במקרה דנן, כי ההריסה לא נועדה לתכלית ראויה. נהפוך הוא, היא פוגעת בשלטון החוק ובתחושת הצדק הטבעי. למעשה, בהעדר תכלית ראויה כלשהי מתייתר

הצורך בבחינת פעולת ההריסה לאור מבחן המידתיות. יחד עם זאת המערערים יראו, למעלה מן הצורך, כי הפעולה אינה עומדת אף במבחן זה.

מבחן המידתיות

59. על מנת להכשיר את הפגיעה בזכויות החוקתיות המוגנות, על פעולת ההריסה לעמוד, במצטבר, בשלושת מבחני המשנה של המידתיות: מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר. (בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1, 53-54 (1997)).

- **מבחן הקשר הרציונאלי:** על פי מבחן זה יש לבחון אם קיים קשר רציונלי בין הריסות בתי המגורים של המערערים, לתכלית הראויה שאותה נועדה ההריסה להגשים. מאחר שכפי שתואר לעיל, במקרה דנן לא מקיימת ההריסה את התכלית הראויה, הרי שמבחן זה אינו מתקיים.

60. **מבחן הפגיעה הפחותה:** על פי מבחן זה, האמצעי הפוגע בזכות חוקתית הינו חוקי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות תהיה קטנה יותר. בהינתן המציאות התכנונית שתוארה לעיל, ובכפוף לתוכנית מתאר מחוז דרום, אשר במסגרתה ניתן יהיה בחלקים מן האזור לתת פתרונות תכנוניים באמצעות תכנון מפורט. ובהתחשב בכך שהמשא ומתן בעניין זה טרם מוצה. הרי שברור כי האמצעי להשגת מטרה זו, שפגיעתו בזכויות לקניין ולדירור הינה פחותה, הוא באמצעות תוכנית מתאר מחוז דרום, אשר תאפשר למערערים בנייה חוקית במסגרת תוכנית מתאר העונה על צרכי הדירור שלהם. לפי המעמד התכנוני של הכפר סעווה ניתן ללמוד כי ניתן לקיים את תוכנית המתאר המחוזית, תוך יישום המלצות החוקרת ותכנון שכונה צמודת דופן למערערים שתתן מענה למצוקת הדירור שלהם. דיני התכנון מחייבים את שקילת האינטרסים הלגיטימיים של המערערים והתאמת התכנון העתידי לרווחתם. לכן, תכנון ראוי ובהתאם לחובות המשפט המינהלי שחלים על רשויות התכנון מחייב דווקא תכנון ללא הריסה. הריסת בתי המערערים הנו האמצעי אשר פוגע בזכויות חוקתיות של הנ"ל באופן הגורף והקשה ביותר. על אף קיומן של חלופות של תכנון במסגרת שכונה צמודת דופן ליישוב חורה, ואי מיצוי הליכי המשא ומתן בעניין זה.

- **מידתיות במובן הצר:** ביצוע צו ההריסה בנסיבות המתוארות לעיל אינו מקיים יחס ראוי בין מידת הפגיעה בזכויותיהם של המערערים לבין התועלת שתצמח מביצוע ההריסה. הריסת בתי המערערים תביא לפגיעה ודאית, מוחשית וקשה בזכויות חוקתיות ראשונות במעלה של המערערים. לעומת זאת לא ניתן להצביע על כל תועלת שתצמח מכך.

61. אף אם נניח כי להריסת הבתים תכלית ראויה, האם כדאי להרוס את בתי המערערים ולפגוע בזכויותיהם למען קידומו של אינטרס ציבורי שהרשויות מבקשות לקדם? האם לא

ראוי יותר לבחון את האפשרות להסדרה תכנונית במסגרת תוכנית המתאר המחוזית, ותוך מיצוי המשא ומתן בעניין זה? ובכן, האינטרס הציבורי גם אם בהנחה שהוא לגיטימי וכשיר הוא לא עומד בראיה כללית עם המחיר של הפגיעה בזכויות החוקתיות של המערערים. מכאן, שייעוד בתי המערערים להריסה איננה לתכלית ראויה, והפגיעה בזכויות החוקתיות הינה מעל הנדרש, היינו לא עומדת בתנאי מבחן המידתיות.

לסיכום

62. לאור כל האמור לעיל, יש לבחון את תקופת העיכוב הנדרשת לביצוע צווי ההריסה ביחס להליכים ולזמן הנדרש למציאת פתרון ראוי לסוגיה זו. המציאות ההיסטורית והתכנונית של הכפר סעווה כפי שפורטה בהרחבה לעיל, מחייבת הסתכלות מערכתית יותר על סוגיית הכפרים הבלתי מוכרים ובכלל זה הכפר סעווה, ומתוך מגמה לנסות ולהגיע לפתרונות והסדרים שיאפשרו למערערים לחיות בכבוד. שיקול זה הינו שיקול מרכזי ולגיטימי שעל בית המשפט לשקול בבקשות עיכוב לצווי הריסה. כל עוד לא מוצו ההליכים למציאת פתרון קבע עבור המערערים אין הצדקה לביצוע ההריסה והותרת התושבים ללא קורת גג. השתלשלות ההליכים כפי שפורטה בהרחבה לעיל ביחס למשא ומתן שנוהל, ולעמדת ראש מועצת חורה שלא נלקחה בחשבון, מובילה למסקנה כי המערערים אינם סרבני פתרון. והמסקנה המתבקשת כי המשא ומתן בעניינם טרם הגיע למיצוי, וכי יש לאפשר את קיומו עד להגעה לפתרון מוסכם וישים עבור הצדדים.

63. אשר על כן, ולאור כל האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את הערעור ולהורות על ביטול צווי ההריסה כנגד המערערים, ולחלופין לעכב את ביצועם של הצווים עד לאחר מציאת פתרון של קבע למערערים.

21 במרץ, 2013

ראויה אבורביעה, עו"ד
ב"כ המערערים