

האגודה לזכויות האזרח בישראל

המבקשת:

ע"י ב"כ עוה"ד עאוני בנא ו/או דן יקיר ו/או דנה
אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או
לילה מרגלית ו/או לימור יהודה ו/או אשרת
מימון ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור
ו/או קרן צפריר ו/או נסרין עליאן ו/או ראויה אבו-
רביעה ו/או רגד ג'ראסי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 33709, חיפה 31336,
טלפון: 04-8526333; פקס: 04-8526331

בעניין שבין:
המערערים:

1. יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה אבו בסמה
2. הועדה המקומית לתכנון ובניה אבו בסמה

ע"י ב"כ עוה"ד אלי וילצ'יק ואח'
ממשרד עוה"ד כהן, וילצ'יק, קמחי ושות', עורכי דין
אבא הילל 14, בית עוז, רמת גן 52506
טל: 08-6119000; פקס: 03-7519191

ו/או עוה"ד חן אביטן ו/או ענת אוחיון ואח'
ממשרד עוה"ד חן אביטן
מרחי הנרייטה סולד 8, באר שבע 84894
טל: 08-6655655; פקס: 08-6655677

- נ ג ד -

עמותת רגבים

המשיבה:

ע"י ב"כ עו"ד עמיר פֿישר
מרחי המלך ג'ורג' 33, ירושלים
טל: 02-6223673; פקס: 02-6223052

בקשת הצטרפות כ"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף כידיד בית המשפט לערעור, ולפרוס בפני בית המשפט את טיעוניה ביחס לעניין הנדון בו.

ואלה נימוקי הבקשה:

מבוא

עמותה בעלת סדר יום לאומני עקבה ותיעדה את מה שהיא מגדירה "פעילות בלתי חוקית באדמות המדינה" בנגב. היא עתרה לבית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע להורות לוועדה המקומית לתכנון ובניה אבו בסמה (להלן – "הוועדה") ולעומד בראשה, מר עמרם קלעגי, לקיים כלשונן את הוראות חוקי התכנון בשטח המועצה האזורית אבו בסמה (להלן – "המועצה"). העתירה התייחסה למספר מבנים, שלגביהם נדרשה הוועדה לנקוט בהליכי אכיפה, כולל הוצאה וביצוע של צווי הריסה. בתשובתה לעתירה הציגה הוועדה מדיניות אכיפה, המשקפת לדעתה את המדיניות הראויה לטיפול בבנייה ללא היתר בתחומה, אשר מבוססת על מדרג וסדר עדיפויות של פעולות האכיפה, לפי נסיבותיה של כל בניה. ביחס למבנים נשוא העתירה נטען, כי רובם נמצאים באזורים המיועדים למגורים לפי תכנון עתידי, ובאופן שמעמיד אותם בעדיפות נמוכה בפעולות אכיפה.

בית המשפט קמא קיבל את העתירה וחייב את הוועדה "לנקוט בהליכים על פי חוק התכנון והבניה כנגד עברייני הבניה, בנכסים המפורטים בעתירה, ככל שלא ננקטו, וזאת תוך 12 חודשים מהיום [יום מתן פסק הדין], לרבות ביצוע צווי הריסה". על החלטה זו הוגש הערעור נשוא בקשה זו. בד בבד הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין, אשר נתקבלה ביום 12.4.10, בין היתר מן הנימוק, כי המבנים נשוא העתירה עומדים על מכונם מזה מספר שנים, וכי אינם כאלה שהריסתם נדרשת למניעת סכנה מיידית.

בהודעת הערעור נטען, כי משלא צורפו בעלי המבנים כמשיבים לעתירה, נפגעה זכותם לקבל את יומם בבית המשפט, וכי די היה בטעם זה לדחיית העתירה על הסף. עוד נטען בערעור, כי בית המשפט קמא טעה משהתערב במדיניות האכיפה של הוועדה, אשר מתחשבת בין היתר במטרות שלשמן היא הוקמה, קרי הסדרת מצבם התכנוני של היישובים והמבנים שבתחומה.

טענות המבקשת במסגרת בקשה זו יתמקדו בשאלה של מדיניות האכיפה הראויה בתחום המועצה. המבקשת תטען, כי בית המשפט קמא טעה משבחן שאלה זו תוך התעלמות מנסיבות הבנייה ומנתונים בסיסיים בנוגע למעמדם התכנוני של יישובי המועצה, ותוך התעלמות מהמבנים החוקתיים המתחייבים את נשקל אמצעי – כמו הריסת בתים – שיש בו פגיעה ישירה בזכויות יסוד מוגנות.

שאלת האכיפה של חוקי התכנון צריכה להיבחן על רקע המציאות התכנונית וההיסטורית השוררת בשטח המועצה. שאלה זו קשורה באופן הדוק לסוגיות עקרוניות ומורכבות במערכת היחסים בין המדינה לאוכלוסייה הבדואית. היא קשורה בעיקר לסוגיית ההסדרה של ההתיישבות הבדואית בנגב ובין היתר ההכרה ו/או ההסדרה התכנונית של עשרות כפרים בדואים בנגב, שחלקם קיימים עוד לפני הקמת מדינת ישראל. מדובר בסוגיה אשר מעסיקה את מוסדות התכנון ואת ממשלות ישראל במשך עשרות שנים. במסגרת ההתמודדות איתה הוקמו ועדות ציבוריות וצוותים ממשלתיים רבים, וזאת מבלי שהדבר הביא את הסוגיה לפתרון כולל ומוסכם.

הוועדה והמועצה האזורית אבו בסמה הוקמו כחלק מהתמודדות זו, במטרה להביא להסדרת מעמדם התכנוני של חלק מהכפרים שמדינת ישראל החליטה להכיר בהם. פסק הדין קמא גורם לסיכול מטרה זו ומרוקן מכל תוכן את ההכרה בכפרים. בנסיבות העניין, אין מקום לפרשנות פורמליסטית וצרה של הוראות חוק התכנון והבניה. הדבר מנוגד לא רק לתכלית של הקמת המועצה ולא רק לעקרונות מנחים להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב, אלא גם, ובעיקר, לחובתה הבסיסית של רשות תכנונית לקבוע מסגרות תכנון ראויות בטרם נקיטת אמצעי אכיפה מוגברים.

המבקשת תטען כבר עתה, כי היא מצטרפת לעמדת המערערים לעניין אי-צירוף בעלי המבנים כמשיבים לעתירה. בית המשפט קמא טעה משלא מחק את העתירה על הסף מטעם זה בלבד. בעלי הזכויות במבנים הם בעלי העניין המרכזיים והם הנפגעים הישירים מפסק הדין קמא. אי-צירופם לעתירה מהווה פגם היורד לשורשו של ההליך והמצדיק, כשלעצמו, את קבלת הערעור. המבקשת לא תטען ולא תוסיף מעבר לנטען בהודעת הערעור לעניין זה.

צירוף המבקשת כידידת בית המשפט

הערעור מעלה שאלות חשובות ועקרוניות בדבר עיצוב המדיניות הראויה בהתמודדות שלטונית ומשפטית עם סוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב. בית המשפט הנכבד נדרש לשרטט את נקודת האיזון הראויה בין האינטרס הציבורי שבאכיפת חוקי התכנון והבניה לבין אינטרס ציבורי וחשוב לא פחות של מציאת פתרון הוגן, כולל ומוסכם, הנותן את המשקל הראוי לזכויות לשוויון, לדיור ולקניין של התושבים הבדואים, לסוגיה מורכבת וארוכת שנים זו.

המבקשת, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, היא עמותה הפועלת להגנה על זכויות האדם, ובכלל זה הגנה על זכויות התושבים הבדואים בנגב. פעילות זו כולל בין היתר הגשה של עתירות והליכים משפטיים, המתנהלים בערכאות השונות; הגשת התנגדויות לתוכניות מתאר לאזור הדרום ובעיקר לתוכנית המחוזית לאזור מטרופולין באר שבע; הכנת חוות דעת משפטיות והופעה בפני ועדות ופורומים ממשלתיים וציבוריים שונים כמו, למשל, ועדת גולדברג להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב; התכתבות ומעקב שוטפים אחר החלטות ותוכניות של הממשלה ומוסדות התכנון בנוגע לסוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב.

פעילות זו, המתנהלת מזה שנים רבות, יצרה אצל המבקשת את הידע והמומחיות הדרושים לצורך בחינת השאלות העקרוניות העולות מהערעור. על מנת שחוות דעתה של המבקשת בשאלות אלו תעמוד בפני בית המשפט הנכבד קודם שיכריע בהן, יתבקש בית המשפט לאפשר לה לומר את דברה בטרם ייתן פסק הדין.

לא פעם מתעוררת במסגרת הליך מסוים סוגיה עקרונית, שהשלכותיה חורגות מן המקרה הפרטי הנדון. במקרים כאלו יכול גורם שלישי בעל מומחיות רלוונטית – כדוגמת המבקשת – לתרום לגיבוש ההלכה באמצעות סיוע לבית המשפט בהצגה מלאה ובהירה של ידע מתחום מומחיותו,

המשליך על הסוגיה העקרונית. לשם כך הכירו בתי המשפט בחשיבות צירופו של "ידיד בית המשפט" במקרים המתאימים (ר' מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מ"י, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999)).

ההלכה, שקבע בית המשפט העליון ביחס לצירופו של "ידיד בית המשפט", מיושמת בהליכים מסוגים שונים, המתנהלים בערכאות השונות (בהליכים פליליים ר' עניין קוזלי, לעיל; בהליכים חוקתיים ומינהליים ר', למשל: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 824–826 (2004); עת"מ (ת"א) 1464/07 פרח השקד בע"מ נ' עיריית בת-ים (החלטה מיום 9.7.2007). בהליכים אזרחיים ר', למשל: ע"א 11152/04 פרדו נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (החלטה מיום 4.4.2005)).

כאמור, בתי המשפט נכונים לאפשר במקרים המתאימים את צירופם של ידידי בית המשפט, אם ידע, המצוי בתחום מומחיותם, עשוי לסייע להכרעה במקרה הנדון באופן יעיל ושלם. לאור מהותה העקרונית של הסוגיה דנן, השיקולים הרלבנטיים בצירוף "ידיד בית משפט", והמומחיות והניסיון הייחודיים של המבקשת, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על צירופה להליך כ"ידיד בית המשפט". צירוף המבקשת אינו צפוי להכביד על הדיון המשפטי. ראשית, המבקשת חפצה להצטרף "כידידת בית המשפט" אך לצורך צירוף חוות דעת מטעמה, ועל מנת לטעון לעניינים שבחוות הדעת בלבד. מעבר לכך, מעמדה ומידת מעורבותה של המבקשת בהליך ייקבעו על ידי בית המשפט, כפי שיראה לנכון. מאחר שמעורבותה תוגבל לחוות דעת בשאלות העקרוניות עליהן הצביעו הצדדים, הרי שצירופה של המבקשת לא יפגע ביעילות הדיון. בנוסף, הבקשה מוגשת בטרם החל הדיון לגופו של עניין, על מנת שלא ייגרם נזק למי מהצדדים או עיכוב בהתנהלות הדיון.

עותק מבקשה זו הועבר לצדדים לערעור. ב"כ המשיבה הודיע, כי הוא מתנגד לבקשה, וכי לאחר שהמשיבה תעיין בבקשה, שהועברה אליה ביום 5.12.10, ובמידה ובית המשפט ימצא לנכון, תועבר תגובה מסודרת בכתב מטעמה. ב"כ המערערים הודיעה, כי היא משאירה את ההחלטה בבקשה לשיקול דעת בית המשפט.

עמדת המבקשת

בקצירת האומר

1. פסק הדין קמא מנוגד לעקרונות צדק בסיסיים ולחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מעגן את זכות הקניין והזכות לקורת גג כזכויות חוקתיות. מעמדן של זכויות אלה משפיע על פרשנות חוקי התכנון באופן שאינו מאפשר הריסת בתי מגורים בהתעלם מסיכויי הסדרתם התכנונית. בית המשפט קמא טעה עת אימץ גישה שאינה מתיישבת עם קיום זכויות אלה.

2. שאלת אכיפת חוקי התכנון בשטח המועצה ובקרב הכפרים הבדואים בנגב בכלל היא חלק בלתי נפרד מסוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב, והיא צריכה לבוא על פתרונה במסגרת פתרון מערכתי וכולל של סוגיה זו.
3. נקיטה בפעולות אכיפה מוגברות נגד כל בנייה ללא היתר, ללא קשר לנסיבותיה ולהקשרה התכנוני וההיסטורי, מנוגדת לעקרונות מנחים להסדרת התיישבות הבדואים בנגב. עקרונות אלה אומצו לאחרונה על ידי הממשלה וגופי התכנון, והם כוללים קביעה של סדרי עדיפויות באכיפה ונקיטה באכיפה מוגברת רק באזורים שבהם אין שום אפשרות לתכנון עתידי.
4. הטענות באשר לשמירה על שלטון החוק אינן שקולות כנגד הפגיעה בזכויות חוקתיות של תושבי המועצה ושל עוד עשרות אלפים במצבם, שחיים במציאות של העדר תכנון מזה עשרות שנים. ההיאחזות בשלטון החוק במובן פורמאלי וצר מביאה לתוצאות אבסורדיות לחלוטין, בבחינת יד שמאל אינה יודעת מה עושה יד ימין. שכן מדובר בכפרים שרק לאחרונה הוכרו ורק לאחרונה החלו הליכי תכנונם. מטבע הדברים, הבנייה בכפרים אלה בוצעה לאורך השנים ללא היתרים ולא לפי תוכניות מתאר כלשהן.
5. אכיפה עיוורת המתעלמת מנסיבות הבנייה אף מנוגדת לחובתה של רשות שלטונית לנהוג בהגינות ובסבירות. חובתה של רשות שלטונית היא בראש ובראשונה להכין בפרק זמן סביר תוכניות בניה הולמות, אשר עונות על צרכי הדיור של האוכלוסייה שבתחומה. כך לגבי כל רשות וכך במיוחד לגבי המועצה, אשר הוקמה במטרה להביא להסדרת מעמדם התכנוני של כפרים שהוכרו ושל המבנים שבתוכם.
6. בית המשפט קמא טעה משלא אפשר למועצה לקיים את חובותיה התכנוניות, ומשקבע, למעשה, כי חובת האכיפה קודמת לחובת התכנון. בניגוד למקרים בהם רשות שלטונית שכשלה במילוי חובות אלה היא זו שנאחזת בשימוש דווקני בסמכויות האכיפה, המועצה במקרה דנן מבקשת לנקוט במדיניות אכיפה, המתחשבת בנסיבות הבנייה והמאפשרת לה לקיים חובותיה לעניין הכנת תוכניות מתאר עבור היישובים שבתחומה.
7. קביעותיו של בית המשפט קמא לעניין אכיפת חוק התכנון והבניה ביחס לאוכלוסייה הערבית הבדואית בנגב חמורות שבעתיים במקרה דנן, באשר הן נעשות לבקשתו של גוף פרטי בעל אג'נדה פוליטית מובהקת, אשר מתבטאת בעמדתה כי "הערבים עושים כל שביכולתם כדי לכבוש עוד ועוד קרקעות יהודיות, בלא שמדינת ישראל עושה דבר בכדי למנוע זאת".¹

¹ מתוך אתר האינטרנט של התנועה לשמירת אדמות הלאום (המייסדת של עמותת רגבים):
<http://www.aleom.org/article.asp?id=40>

המציאות התכנונית בשטח המועצה ובכפרים הבדואים בנגב בכלל

8. בטרם תפרוס את טיעוניה המשפטיים, תתייחס המבקשת למציאות התכנונית-היסטורית בכפרים שבשטח המועצה ובקרב הכפרים הבדואים הבלתי מוכרים בשטח הנגב בכלל.

9. בעיית הכפרים הבדואים הבלתי מוכרים נוצרה עם הקמת מדינת ישראל. בתחילת שנות החמישים, מדינת ישראל ריכזה את הבדואים שנותרו בנגב לאחר מלחמת 1948 בשטח שבין באר-שבע, ערד, דימונה וירוחם, שכונה "אזור הסייג". חלק מהתושבים הבדואים התגוררו בכפרים שהיו קיימים באזור זה עוד לפני קום המדינה; ואילו חלק מהתושבים הועברו ע"י הממשל הצבאי לאזור זה ממקום מושבם הקודם, שמחוץ לאותו אזור.²

10. מדינת ישראל לא הכירה ביישובים שבאזור הסייג. לא באלה שהיו קיימים עוד לפני הקמתה ולא באלה שקמו עקב פעולות ההעברה. הישובים לא הוסדרו תכנונית ולא הוכנו עבורם תוכניות מתאר כלשהן. באמצע שנות הששים התגבשה תוכנית לרכז את האוכלוסייה הבדואית בנגב במספר עיירות, תוך ניתוקם מאורח חייהם הכפרי שניהלו במקומות מושבם באזור הסייג. לצורך כך הוקמו שבעה יישובים בדואים, אליהם עברו במהלך השנים – תחת האיום של הריסת בתיהם ושליטת שירותים בסיסיים - רק כמחצית מן התושבים הבדואים בנגב. כל השאר המשיכו להתגורר באותם עשרות כפרים שבאזור הסייג (וחלק קטן גם מחוץ לאזור זה). כיום מתגוררים בכפרים אלה, כולל הכפרים של המועצה, קרוב ל- 80,000 אזרחים ערבים בדואים. הם חיים בעשרות אלפי בתים ופחונים, שהוקמו לאורך עשרות שנים.³

11. בשל אי-ההכרה בכפרים נשללת מתושביהם זכויות יסוד. בשל ההתעלמות התכנונית מקיומם ומזכויותיהם בקרקע הם חיים בתנאים מחפירים ונמנעים מהם שירותים בסיסיים, כגון חשמל ומים. כמו כן, הם סובלים ממחסור חמור בשירותי חינוך, בריאות ורווחה.⁴ בעוד מדינת ישראל מסרבת להכיר בכפרים הבדואים וממשיכה לנהוג כלפי תושביהם במדיניות מפלה של ריכוז, ניתוק מאורח החיים הכפרי ושליטת זכויות בקרקע, היא הקימה וממשיכה להקים יישובים יהודיים כפריים בנגב. כיום קיימים למעלה ממאה יישובים יהודיים בנפת באר שבע,

² לעניין היווצרות מצוקת הכפרים הבלתי מוכרים ובעיית תושביהם ר' דו"ח הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג (להלן: ועדת גולדברג), בקישור: http://www.moch.gov.il/SiteCollectionDocuments/odot/doch_goldberg/Doch_Vaada_Shofet_Goldberg.pdf; ר' גם: שלמה סבירסקי ויעל חסון, אזרחים שקופים: מדיניות הממשלה כלפי הבדואים בנגב, מרכז אדוה, מידע על שוויון - גיליון מס' 14, ספטמבר 2005, ניתן למצוא בקישור: <http://www.adva.org/uploaded/bedouimreport.pdf>; לסי מאיר, לא על המפה, הפרת זכויות לקרקע ולדיור בכפרים בדואים בלתי מוכרים בישראל Human Rights (Watch), בקישור: <http://www.hrw.org/he/node/88492/section/7>.

³ סזאר יהונקין, הכפרים הלא מוכרים בנגב: הכרה ושוויון זכויות- נייר עמדה, במקום - מתכננים למען זכויות תכנון, נובמבר 2007. זמין ב: <http://www.bimkom.org/publicationView.asp?publicationId=116>

⁴ לעניין זה ר' באנה שגרי בדארנה, זכויות האוכלוסייה הערבית בנגב – נייר עמדה, האגודה לזכויות האזרח בישראל, יולי 2008, עמ' 24, זמין ב: http://www.acri.org.il/story.aspx?id=1910#_ftn1

שאוכלוסייתם הממוצעת היא 300 נפשות⁵. זאת, בנוסף לעשרות חוות בודדים, שהוקמו ללא היתר ושהממשלה פעלה להעניק הכרה תכנונית בדיעבד לחלקן⁶.

12. בהעדר תוכניות מתאר, כל בנייה בתוך הכפרים נחשבת לבניה בלתי חוקית. תושבי הכפרים חיים תחת איום מתמיד של הריסת קורת גגם ושל נקיטת סנקציות פליליות אחרות נגדם. מצב זה יוצר מלכוד עבור תושבי הכפרים. המדינה קופאת על שמריה ואינה ממלאת את חובתה לספק להם פתרונות דיור חוקיים. אלא שהתושבים חיים את חייהם בתוך כפריהם שבהם נולדו וגדלו. הם נאלצים להתמודד לבד הן עם שינויים מבית, כגון, הריבוי הטבעי והרחבת המשפחה, והן עם סכנות מחוץ, מבנים מסוכנים וגגות קורסים. למעשה המדינה מעמידה אותם בפני בחירה בין העדר קורת גג ו/או קורת גג מסוכנת לבין בניה ללא היתר. במצב זה אך טבעי שיבחרו באופציה של בנייה ללא היתר ואך טבעי שתפתח בנייה כזו בכפרים. זאת במיוחד לאור העובדה, כי לתושבים אלה, כמיעוט ילידי בעל זיקה היסטורית ייחודית למקום מגוריו, אין חלופת מגורים אמיתית מחוץ לגבולותיהם של הכפרים⁷.

13. בנייה ללא היתר בכפרים הבלתי מוכרים בנגב, ובכלל זה ביישובי המועצה, שרק לאחרונה הוכרו ועוד אין לרובם תוכניות מתאר בתוקף, לרוב אינה נעשית מתוך בחירה או רצון להפר את חוקי המדינה או לזלזל בהם. כמתואר לעיל, בנייה זו היא תולדה של מדיניות תכנונית מפלה וארוכת-שנים, אשר מתעלמת לחלוטין מצורכי הדיור הבסיסיים של התושבים ואינה מאפשרת בנייה חוקית מכל סוג שהוא. מכאן שלא מדובר בעברייני בנייה מועדים, אלא בתושבים אשר נאבקים על קיומם וכל דאגתם קורת גג לראשם. במקרים רבים אלו פחונים או דירות קטנות – המבנה המינימלי שניתן להעלות על הדעת לשם שמירה על החיים, הביטחון האישי ושלמות הגוף. לו היה הדבר אפשרי, ולו הייתה בפניהם ברירה חוקית, ניתן לשער כי הם לא היו בונים ללא היתר.

⁵ הנתונים מבוססים על ניתוח נתוני הלמ"ס ומשרד הפנים, שערכה המתכנתת נילי ברוך מעמותת במקום, והתפרסמו ב: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3562139,00.html>

⁶ חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון מס' 4), התש"ע-2010, אשר נתקבל בכנסת ביום 12.07.2010, הסמיך את הרשות לפיתוח הנגב לקבוע כללים ואמות מידה להכרה בחוות ולהתיר להן להשתמש באדמות הנגב למטרות חקלאיות ותיירותיות, כולל רישוי הבינוי למגורים של המחזיקים בחוות. באשר לחוות הקיימות, נקבעו בחוק הוראות מעבר, שיאפשרו את המשך ישיבתן על הקרקע ואת ההכרה בהן בדיעבד. הסדרת מעמדן כאמור של החוות מבטאת את המדיניות הרשמית של הממשלה, שעליה ניתן ללמוד בין היתר מהודעת מזכיר הממשלה מיום 15.7.07 לעניין מינוי ועדה בינמשרדית "אשר תפעל להסדרת מעמדן של חוות היחידים הקיימות ותמליץ בפני הממשלה על נוהל להקמת חוות יחידים נוספות בנגב והגליל". ניתן לעיין בנוסח ההודעה ב: <http://www.pmo.gov.il/PMO/Templates/Spokesman.aspx?NRMODE=Published&NRNODEGUID=%7b16DD00E0-A664-4B66-9F15-3D3DCDAEEEAB%7d&NRORIGINALURL=%2fPMO%2fArchive%2fmazkir%2f2007%2f07%2fgovmes150707%2ehtm&NRCACHEHINT=Guest#six>

⁷ לתיאור המלכוד התכנוני, שבפניו עומדים תושבים חסרי אוניס דוגמת תושבי המוא"ז אבו בסמה ר' דברים שנאמרו בהקשר דומה בת"פ 3085/03 (בימ"ש לעניינים מקומיים – ר"ג) מ"י נ' שרון יצחק (נבו, 2005): "ואולם דין משונה יש לאזור זה אצל הרשויות מסיבות שלא לגמרי הובנו ונטמעו בתודעתו של ביהמ"ש – הוא זה שהאזור לאו בר-היתר בכל צורה שהיא לפי חוק התכנון... יש להניח שמאז ועד היום הוקמו באזור בנינים ותוספות ללא היתר... התושבים נתונים על כן בין פטיש לסדן: אם יבנו ללא היתר תוגש נגדם תלונה, יועמדו למשפט פלילי; אם לא יבנו ולא יתקנו מעוות יהיו חייבים, בריאותם, בטחונם, רווחתם ואפשרות חייהם כבני אנוש יצירי אל נתונים לסכנה ולפגיעה בלתי נסבלים... אם מדובר בתושבים, רובם לא מעשירי העולם, החיים במקום עשרות שנים וזהו ביתם וזו נחלתם... נשאלת השאלה מה אחריות המדינה כלפיהם... הכיצד אפשר לומר לאזור כזה שדין להירקב יחד עם קורת הגג שלך, ואם לא הסכמת להירקב וביצעת בנייה, יידרש ביהמ"ש לתת על הבנייה צו הריסה שאין לו תקנה?"

14. מצוקת הכפרים הבלתי מוכרים והסכסוך על הבעלות על הקרקע בנגב זכו להתייחסות מפורשת בדו"ח ועדת אור⁸. הוועדה עמדה על חומרת הבעיה ועל השלכותיה השליליות על מערכת היחסים בין מדינת ישראל לבדואים. היא קבעה, כי יש לנקוט כלפי האוכלוסייה הערבית הבדואית בנגב במדיניות של מציאת הסדרים מערכתיים, אשר יספקו פתרונות אמיתיים לסוגיית הבנייה ללא היתר וימנעו הריסות בתים⁹.

15. הוועדה התייחסה למצוקות הקרקע והדיור בקרב האוכלוסייה הערבית בכלל ולהפליה נגד ערבים בתחום התכנון, הדיור והקרקע. היא המליצה להקצות לציבור הערבי "קרקע על פי דפוסים ועקרונות שוויוניים, כמו למגורים אחרים"¹⁰. הוועדה הצביעה על הקשר הישיר בין הבנייה ללא היתר בחברה הערבית להעדרן של תוכניות מיתאר והליכי תכנון הולמים¹¹. הוועדה עמדה על הצורך בתוכניות בנייה מואצות עבור אזורים בהם לא ניתן לקבל היתרי בנייה. הוועדה קבעה, כי אין להפלות את החברה הערבית בהקצאת קרקעות ובקביעת הסדרים תכנוניים, וציינה כי החלטות מסוימות, אשר תכליתן הינה אכיפה בלבד, בעיקר הריסות בתים, אינן סבירות ונטולות רגישות ותבונה¹².

התמודדות מתמשכת ועקרונות מנחים

16. בית המשפט קמא טעה משלא בחן את מדיניות האכיפה של המועצה על רקע נסיבות הבנייה בשטחה. כפי שתואר לעיל, הבנייה ללא היתר ביישובי המועצה, כמו גם הבנייה ביישובים שטרם הוכרו, לא נעשתה בחלל ריק. היא חלק בלתי ניתן להפרדה, לא לצורך הדיון באכיפת חוקי התכנון ולא לכל צורך אחר, מסוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב, שממשלת ישראל טרם השכילה להביא אותה לכדי פתרון מערכתי, הוגן ומוסכם.

17. הצורך בפתרון מערכתי כאמור לא נעלם מעיני בית משפט נכבד זה :

"המציאות הקשה עימה מתמודדת האוכלוסייה הבדווית במדינת ישראל, מחייבת - ויפה שעת אחת קודם - פתרון מערכתי כולל ומקיף. פתרונות נקודתיים, טובים יותר או טובים פחות, לא יוכלו להוות בטווח הארוך פתרונות-אמת. הגיעה העת לגבש ולממש פיתרון רחב באמת לסוגיה זו". (בג"צ 2887/04 אבו מדיג' נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 14.4.07) (פסקה 54 לפסק דינה של השופטת ארבל).

⁸ דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, שפורסם בחודש אוגוסט 2003. לדו"ח המלא ר' : <http://breitman.homestead.com/vaadat-or>

⁹ שם, שער ראשון, סעיפים 39-40.

¹⁰ שם, שער שיש, פסקה 13.

¹¹ נקבע, כי: "מכשול עיקרי בפני הבנייה למגורים בתוך שטחי היישובים הערביים היה חסרון של תוכניות מיתאר.... כתוצאה מכך, בחלקים גדולים של שטחי השיפוט לא ניתן היה לבעלי אדמות פרטיות לבנות בתים באופן חוקי. התפתחה תופעה נרחבת של בנייה ללא רישיון, אשר חלקה נעוץ באי היכולת לקבל היתר לבנות... צווי הריסה הוצאו לגבי בתי ערבים בגליל, בנגב, במשולש ובערים המעורבות. (שם, כרך א, עמ' 43-44).

¹² שם, בעמ' 767-768.

18. ההתמודדות עם המציאות האמורה נעשתה לאורך השנים הן ע"י התושבים, בשיתוף ובליזוי של ארגונים דוגמת המבקשת, והן על ידי הממשלה, על זרועותיה המקצועיים והתכנוניים השונים. התמודדות זו לא הניבה עד כה פתרון מערכתי וכולל, אך במסגרתה גובשו עקרונות מנחים חשובים לטיפול בסוגיית ההתיישבות הבדואית, בין היתר לעניין אכיפת חוקי התכנון.

19. לפי עקרונות אלה, יש לשמר ככל האפשר את התשתית והבנייה הקיימת, במלואה או בחלקה, עד להסדרת מעמדם התכנוני של הכפרים, ויש לקבוע סדרי עדיפויות באכיפה ולנקוט באכיפה מוגברת רק באותם מקרים שבהם אין שום אפשרות לתכנון עתידי. המבקשת תטען, כי פסק הדין קמא עומד בניגוד מוחלט לעקרונות אלה, שלאחרונה אף אומצו רשמית ע"י ממשלת ישראל ומוסדות התכנון, כפי שיפורט להלן.

תוכנית המתאר המחוזית למחוז הדרום

20. מדיניות התכנון המתעלמת מקיומם של הכפרים הבדואים קיבלה במשך השנים ביטוי בתוכניות המתאר למיניהן. בתוכנית המחוזית למחוז הדרום, שהופקדה בשנת 1996, לא סומן ולו כפר אחד. זאת, למרות שבשטח נפת באר-שבע הוכרו באותה תכנית כ-106 יישובים כפריים עבור 73,000 אזרחים יהודים. המבקשת עתרה בשנת 2000 לבג"צ נגד תוכנית זו (לאחר שנדחו ההתנגדויות שהגישה), בשם תושבי מקצת הכפרים ומספר ארגונים לשינוי חברתי¹³. בעתירה נטען, כי התכנית לוקה בהפליה ולא נותנת פתרון תכנוני כלשהו למצוקת הכפרים הבלתי מוכרים. במסגרת הדיון בעתירה התחייבו מוסדות התכנון, כי מענה תכנוני ראוי לכפרים הבלתי מוכרים יינתן במסגרת תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר-שבע. צוות התכנון של התכנית הונחה לכלול בתוכנית פתרונות של התיישבות בדואית כפרית, בתיאום עם נציגי האוכלוסייה, ותוך התחשבות בצרכיה¹⁴.

21. ההתחייבות הנ"ל לא קוימה, ועם הפקדתה של תכנית המתאר המטרופולינית בשנת 2007 הוגשו לה התנגדויות רבות על-ידי מאות מתושבי הכפרים הבלתי מוכרים וארגונים לשינוי חברתי, ביניהם המבקשת¹⁵. המתנגדים ביקשו לסמן את הכפרים כנקודות ישוב כפריות בתשריטת התכנית. לאחר שמיעת ההתנגדויות בפני חוקרת שמונתה ע"י המועצה הארצית לתכנון ובנייה (להלן – "החוקרת") פורסם בחודש יוני 2010 דו"ח ההמלצות בהתנגדויות.

¹³ בג"צ 1991/00 אבו חמאד ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואח' (לא פורסם, ניתן ביום 26.7.07). ניתן לעיין בעתירה באתר האגודה לזכויות האזרח: <http://www.acri.org.il/Story.aspx?id=458>

¹⁴ בהודעת הצדדים מיום 9.7.01 התחייבו מוסדות התכנון, "כי במסגרת התכנון לתוכנית מתאר מחוזית חלקית לאזור באר-שבע [...] נדרשו המתכננים לעסוק כעניין עיקרי בגיבוש הצעות לפתרון בעיית ההתיישבות הבדואית באזור זה." כמו-כן, התחייבו שצורת ההתיישבות הכפרית תיבחן כאחד הפתרונות ליישובם של התושבים הערבים הבדואים, שמחוץ לעיריות הקיימות. יתרה מכך, התחייבו שצוות התכנון יידרש "להיפגש עם נציגי התושבים האמורים ולבחון ביחד איתם הצעות קונקרטיות ליישובים חדשים, ובהם ישובים כפריים, לרבות התוכנית לפריסת יישובים כפריים שהוגשה ע"י המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב לוועדה המחוזית לתכנון ולבניה במחוז דרום."

¹⁵ המבקשת הגישה, יחד עם ארגונים אחרים, שש התנגדויות עקרוניות לתוכנית לגבי שישה מהכפרים הבלתי מוכרים.

22. הדו"ח כלל עקרונות כלליים ומנחים והמלצות קונקרטיות לגבי הכפרים¹⁶. הדו"ח מהווה נקודת מפנה חיובית בהתייחסות לשאלת ההתיישבות הבדואית בנגב. בניגוד למדיניות הריכוז והפינוי בה דגלו הממשלות במשך השנים, החוקרת קראה להכיר באופי הכפרי של ההתיישבות הבדואית הקיימת, ולהסדיר אותה באזור שבו היא נמצאת כיום תוך שימור חלק מהתשתית הקיימת, או קרוב, ככל הניתן, למיקום זה. כדי למנוע סבל ופגיעה בתושבים המליצה החוקרת להימנע ככל הניתן מהעתקה של תושבים וכפרים¹⁷.

23. **וידגש**, בהתייחסה לשאלת אכיפת חוקי התכנון קבעה החוקרת, כי יש להפסיק את הבנייה הבלתי חוקית בין היתר "על ידי קידום תכנונם של יישובים", וכי יש לקבוע סדרי עדיפויות באכיפה לנקוט באכיפה מוגברת רק באזורים "שבהם אין מקום להקים יישובים", קרי אין שום אפשרות לתכנון¹⁸.

24. בישיבתה מיום 20.7.2010 אישרה ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים של המועצה הארצית לתכנון ובניה את העקרונות הכלליים של הדו"ח. בכך אישרה מדינת ישראל שני עקרונות חשובים בנוגע להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב: לתת עדיפות להכרה בכפרים במיקומם הנוכחי ותוך שמירת אופיים הכפרי ולנקוט במדיניות אכיפה המתבססת על קביעה של סדר עדיפויות והמתחשבת באפשרויות ההכרה בכפרים.

ועדת גולדברג

25. שאלת ההכרה בכפרים הבדואים ושאלת זכויות הבדואים בקרקע עומדות כאמור במוקד מערכת היחסים בין מדינת ישראל לבין האוכלוסייה הבדואית והמיעוט הערבי בכלל. הן הפכו לשאלות מרכזיות שעל סדר היום הממשלתי והציבורי בישראל¹⁹. ממשלת ישראל הצהירה בעצמה, כי "היא רואה בהסדרת ההתיישבות הבדווים בנגב נושא לאומי מן המעלה הראשונה.

¹⁶ דו"ח המלצות חוקר להתנגדויות לתמ"מ 23/14/4 – תכנית מתאר מחוזית חלקית למטרופולין באר-שבע, האוכלוסייה הבדואית שמחוץ ליישובים המוכרים, יוני 2010 (לא פורסם).

¹⁷ החוקרת עמדה על כך, שלאוכלוסיית הכפרים הבלתי מוכרים מאפיינים קהילתיים ייחודיים וזיקה ברורה למרחב בו היא חיה, וכי כל פתרון חייב להתחשב במארג החברתי וזיקת התושבים לקהילה, לקרקע ולסביבה. החוקרת התייחסה לרוב האוכלוסייה הבדואית באזור הסייג כאוכלוסיית האזור "המקורית" וקבעה, כי על המדינה חלה חובה לפתח את הארץ לכל תושביה כולל עבור הבדואים בנגב, שזכאים להקצאת קרקע מהמדינה למגורים ולצרכים נלווים (שם), בסעיפים 1.7.1 ו-1.7.3.

¹⁸ שם, בסעיף 1.7.2 (ג).

¹⁹ מוסדות התכנון וממשלות ישראל קיבלו לאורך השנים עשרות החלטות בנוגע לשאלות אלה בהיבטיהן השונים. לצורך כך הוקמו צוותים וגופים ממשלתיים רבים, ביניהם אפשר למנות: הרשות לחינוך הבדואים (1981) שהוקמה בצו מתוקף סמכותו של שר החינוך לפי סעיף 1 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949; המינהלה לקידום הבדואים (1986) שהוקמה בהחלטת ממשלה מספר 1865 (בד/2) ותפקידה לנהל מו"מ עם התושבים הבדואים בנוגע לזכויות הבעלות על הקרקע; הרשות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב (2007) שהוקמה בהחלטת ממשלה מס' 1999 מיום 15.7.07, שפועלת במסגרת משרד הבינוי והשיכון ותפקידה בין היתר הסדרת תביעות בעלות בנגב והסדרת מגורי קבע לגבי יישובים קיימים ויישובים חדשים.

המחלוקת על הבעלות על קרקעות הנגב והזכויות בהן מעיבה על היחסים בין הבדואים למדינה, ופתרונה הוא המפתח גם לפתרון המחלוקת בנושא הסדרת ההתיישבות"²⁰.

26. במהלך השנים הוקמו על ידי מדינת ישראל ועדות ציבוריות רבות לבחינת שתי השאלות. האחרונה והחשובה מכולן היא הוועדה הממשלתית להצעת מדיניות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג (להלן – "ועדת גולדברג"). הוועדה הוקמה במטרה להגיש המלצות "לגיבוש תכנית רחבה, מקיפה ובת מימוש אשר תקבע את הכללים להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב לרבות גובה הפיצויים, הסדרים להקצאת קרקע חלופית, אכיפה אזרחית ולוח זמנים לביצוע ההסדרים והכוללות הצעות לחקיקה"²¹.

27. ועדת גולדברג יישובה על המדוכה במשך חודשים רבים, קיימה דיונים והתייעצויות ושמעה חוות דעת מקצועיות מטעם ארגונים ומומחים והמבקשת בכללם²². בתום עבודתה, הגישה הוועדה דו"ח מקיף, הסוקר את כל הסוגיות הנוגעות להתיישבות הבדואית בנגב והכולל המלצות הן לגבי שאלת הבעלות על הקרקע והן לגבי מדיניות התכנון הראויה²³.

28. אחת מקביעותיה החשובות של הוועדה היא שהמדיניות שנקטה עד כה כלפי הבדואים, אשר התבססה על היותם "פולשים" וחסרי מעמד וזכויות, הינה בלתי ראויה ופגעה בזכויות האוכלוסייה הבדואית. הוועדה הדגישה, כי הבדואים הם תושבי המדינה ואזרחיה, וכי "יש להאזין לטענותיהם ולהתחשב בצרכיהם, ויש לשתפם בתהליכים לקביעת עתידם"²⁴. הוועדה המליצה למדינה להכיר בחלק מהכפרים הקיימים ולשלבם במערך היישובי הקיים²⁵. בשאלת הבעלות על הקרקע המליצה הוועדה להכיר בזכות הבעלות של הבדואים על חלק מהקרקעות ולהעניק פיצוי כספי על יתר הקרקעות²⁶.

29. באשר לבנייה בתוך היישובים, הוועדה המליצה להכשיר בנייה קיימת והציעה להגדיר מבנים שנבנו ללא היתר טרם הקמתה, ואשר מצויים בתחום תכנית תקפה, כמבנים "אפורים". הגדרה זו תכשיר את המבנים ותאפשר חיבורם לתשתיות באופן חוקי²⁷.

²⁰ החלטת ממשלה מס' 4411 מיום 12.5.2009 :

<http://www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Decisions/2009/01/des4411.htm>

²¹ החלטת ממשלה מס' 2491 מיום 28.10.07 :

<http://www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Decisions/2007/10/des2491.htm>

²² באנה שגרי בדארנה, זכויות האוכלוסייה הערבית בנגב – נייר עמדה, האגודה לזכויות האזרח בישראל, יולי 2008,

זמין ב: http://www.acri.org.il/story.aspx?id=1910#_ftn1.

²³ לדו"ח הוועדה :

http://www.moch.gov.il/SiteCollectionDocuments/odot/doch_goldberg/Doch_Vaada_Shofet_Goldberg.pdf

²⁴ שם, בפסקה 71.

²⁵ "הכרה בכפרים הבלתי מוכרים, בסייגים שיפורטו, ומיסודם, היא שתמנע הנצחת המצב הבלתי נסבל בהם כיום על כל תוצאותיו השליליות (שם, בפסקה 108). לגבי כפרים שמבחינה תכנונית ייקבע כי לא נכון להכיר בהם במיקומם הנוכחי, קבעה הוועדה כי יימצא פתרון חלופי, המבוסס על הידברות עם התושבים, שלהם תינתן גם האפשרות לבחור מיקום חדש של הכפר ואת צורת ההתיישבות המועדפת עליהם (שם, פסקאות 112-113).

²⁶ שם, פסקאות 78 ו-134.

²⁷ שם, פסקאות 136-137.

30. בהחלטה מיום 12.5.09 אישרה ממשלת ישראל את המלצות הוועדה ומינתה צוות בין-משרדי כדי לבחון דרכים ליישום ההמלצות.²⁸ הממשלה קבעה בהחלטה את העקרונות, שיהוו את התשתית להסדרת סוגיית התיישבות הבדואים, ואשר כוללים גיבוש מדיניות מערכתית כוללת המשלבת טיפול בנושא הקרקע ובנושא תכנון והסדרת התיישבות וחיזוק יחסי האמון בין הבדואים למדינה.²⁹

המועצה האזורית אבו בסמה – מטרותיה וחובותיה

31. המאבק המתמשך להכרה בכפרים ולהסדרת מעמדם התכנוני, ובין היתר ההליכים שפורטו לעיל, הביא את מדינת ישראל להכיר עד כה באופן מלא או חלקי ב- 13 כפרים, שנמצאים בשלבי תכנון שונים. עשרה מתוכם אוגדו מוניציפאלית במסגרת המועצה האזורית אבו בסמה³⁰ ותכנונית במסגרת ועדת התכנון אבו בסמה, שהוקמו בשנת 2004 בהתאם להחלטת ממשלה, במטרה לטפל במכלול הנושאים הנוגעים להכרה ובין היתר בהסדרת מעמדם התכנוני של עשרת הכפרים, בהם מתגוררים קרוב ל- 30,000 תושבים. תפקיד מרכזי של הוועדה הוא לקבוע גבולות מוניציפאליים לכפרים ולהכין עבורם תוכניות מיתאר. זאת, באופן שיסדיר את הבנייה הקיימת בתוכם ויאפשר בנייה חוקית חדשה.

32. למרות שיישובי המועצה הוכרו לפני כעשור, הליכי תכנונם טרם הושלמו, ועדיין לא ניתן להנפיק היתרי בניה ברוב שטח המועצה, גם לא למבנים נשוא הערעור. אולם, לא הייתה מחלוקת בבית המשפט קמא, כי חלק גדול מהבתים בשטח המועצה, ובכלל זה מבנים נשוא הערעור, נמצא על קרקע המיועדת למגורים, ולגבי חלקם אף הוגשו בקשות להיתר בניה ויש סיכוי, כי יזכו בהיתר עם סיום הליכי התכנון.

33. פסק הדין קמא אינו עומד בקנה אחד עם מטרות המועצה ועם העקרונות המנחים לעניין מדיניות האכיפה הראויה ביחס לבנייה קיימת באזורים, שיש אפשרות עתידית כי יוכרו ויתוכנו. עקרונות אלה נקבעו ביחס לכפרים הבלתי מוכרים אך הם תקפים ביתר שאת ומקל וחומר ביחס ליישובי המועצה, שכבר הוכרו. אומנם מצבם של יישובים אלה לא השתפר ביחס לכפרים בלתי מוכרים בשל התארכות הליכי התכנון וחוסר היכולת להוציא היתרי בניה או להתחבר לתשתיות חיוניות כמו חשמל ומים. אך לגבי יישובים אלה אין יותר ספקות באשר לאפשרויות התכנון העתידי.

²⁸ החלטת ממשלה מס' 4411 מיום 12.05.2009, הערה 20 לעיל.

²⁹ בנוסף, נקבעו העקרונות של: גיבוש מדיניות אשר תביא בחשבון את צרכי האוכלוסייה הבדואית, את תביעותיה לזכויות בקרקע, את צרכי המדינה ואת משאביה הקרקעיים והכספיים; גיבוש מדיניות אשר תהא בת-יישום בתוך תקופה קצרה; הסדרת הסוגיה תיעשה ככל הניתן וככל הנדרש בחקיקה כך שיובטח פתרון מקיף, מוגדר ועקבי.

³⁰ אבו קורינאת, אום בטיין, א-סייד, אל-אטרש, ביר הדאג', דריג'את, מולדה, מכחול, קסר אל-סיר, ותרובין א-צאנע

34. מעבר להיותה מנוגדת לעקרון שימור הבנייה הקיימת, מדיניות אכיפה שתתעלם מהסיכויים לתכנון והכשרה בדיעבד ותגרום להרס מסיבי של מבנים, לא תאפשר את השיתוף וההידברות הדרושים לצורך גיבוש הסכמות וגישור על מחלוקות ופערים. בהקשר זה יצוין, כי התמשכותם של הליכי התכנון בשטח המועצה נובעת בין היתר מפערים, שהתגלעו בין תפיסת התכנון של הרשויות לבין אורח החיים המסורתי ומערך החיים והתשתיות הפיזיות שקיימים זה שנים בכפרים³¹.

35. אין ספק, כי מדיניות אכיפה כפי שנתבקש על-ידי המשיבה ואושר על-ידי בית המשפט קמא תפגע בצורה אנושה ובלתי הפיכה ביחסי האמון בין התושבים למועצה, במידה שאינה מאפשרת דו-שיח כלשהו. יחסי-אמון והידברות פתוחה הם תנאים הכרחיים לכל התקדמות בהליך התכנוני בשטח המועצה ולמימוש שאר המטרות, שלשמן היא הוקמה.

36. בית המשפט קמא טעה עת קבע, כי המועצה מחויבת לנקוט בהליכי אכיפה מוגברים כנגד כל בנייה באשר היא בשטחה. המועצה הינה רשות ציבורית, המשמשת כנאמן הציבור, וככזו היא מחויבת לפעול בהגינות, בסבירות ובתום לב למימוש חובותיה התכנוניות כלפי תושבי היישובים שבתחומה. מחויבות זו חלה ביחס לכל פעולותיה והחלטותיה של המועצה, לרבות קביעת מדיניות האכיפה הראויה בשטחה, והיא מקבלת משנה חשיבות לנוכח המטרות שלשמן הוקמה המועצה מלכתחילה ולאור המציאות התכנונית-עובדתית בה היא פועלת.

37. במצב הדברים המתואר לעיל דווקא היה צריך להעמיד את הממשלה והמועצה על חובתם ואחריותם להשלמת הליכי הפיתוח והתכנון של הכפרים. למותר לציין, כי התארכות הליכי התכנון במשך יותר מעשור מעמידה את תושבי המועצה באותו מצב שתואר לעיל של העדר חלופה לבנייה חוקית ושל המשך הבנייה ללא היתר מחוסר ברירה.

38. חובת המועצה לפעול באופן נמרץ להשלמת הליך ההכנה של תוכניות מתאר לכפרים שבתחומה נגזרת מחובת ההגינות, אשר מחייבת את הרשויות להשלים הליכי תכנון במהירות האפשרית ותוך פרק זמן סביר. בית משפט נכבד זה קבע זה מכבר, כי פעולות רשות תכנונית צריכות להיעשות בזמן ראוי או מתקבל על הדעת בנסיבות העניין (בג"צ 192/64 ארגז נ' הוועדה המחוזית לבנייה ולתכנון העיר ירושלים, פ"ד יט 95, 105 (1965)). בית המשפט עמד על כך שההגינות מחייבת בין היתר להציב גבול סביר להשלמת הליכי תכנון כדי שלא להותיר את האזרח במצב של הקפאה וחוסר אונים במשך שנים (בג"צ 486/82, חברת חלקה 215 ו-332 בנוש 6213 בע"מ נ' שר הפנים ואח', פ"ד ל"ז(4) 780, 783-784 (1983)).

39. פסק הדין קמא, אשר פוגע ביכולתה של המועצה לקיים את חובותיה התכנוניות הפוזיטיביות, הופך את התכנון לכלי פוגעני במיוחד עבור אוכלוסייה שסבלה במשך שנים מהדרה תכנונית.

³¹ גם ביישובים שבהם תוכנית המתאר הושלמה או נמצאת לקראת השלמה, עדיין אין אפשרות להנפיק היתרים בין היתר בשל סוגיית זכויות הבעלות על הקרקע שטרם יושבה (לה נדרשה לאחרונה ועדת גולדברג, כמתואר בפרק הקודם).

זאת, בעוד שלתכנון צריכה להיות השפעה חיובית על קידום זכויותיהן של קבוצות מקופחות. כפי שקבע בית המשפט המחוזי בתל אביב בענן שכונת פרדס שניר שבלוד, התכנון הפך זה מכבר "כלי להשגת יעדים חברתיים ראשוניים במעלה בטיפול בצרכי קבוצות חלשות" (עת"מ (מחוזי-ת"א) 1253/05 מוחארב נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, (lawdata), מיום 4.5.06, פסקה 24). התכנון חייב לפעול לטובת הציבור ולשיפור תנאי מחייתו ועליו להיות מושתת על עקרונות של הגינות וצדק חברתי (בג"צ 2920/94 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותת רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נ(3) 441, 454-455 (1996)).

שלטון החוק

40. בית המשפט קמא טעה משקבע, כי מדיניות אכיפה, שלפיה אין להרוס מבנים שיש סבירות גבוהה שיקבלו היתרי בניה לכשיסתיים התכנון בשטח המועצה, הינה מדיניות שפוגעת בשלטון החוק. קביעה זו חוטאת למטרות שלשמן הוקמה המועצה ולעקרונות צדק בסיסיים.

41. מדיניות אכיפה ראויה של חוק התכנון והבניה אינה יכולה להתעלם מהמציאות התכנונית-היסטורית המתוארת לעיל. חוק התכנון והבניה הוא קודם כל חוק הבא להסדיר ולהתיר בנייה חוקית במסגרת תוכנית מתאר, ואין הוא חוק עונשי ביסודו. הסנקציות הקבועות בחוק בגין בנייה ללא היתר מטרותן למנוע בנייה מחוץ למסגרת החוקית של תוכנית המתאר, על יסוד ההנחה כי ניתן לבקש היתרי בנייה על פי תוכנית מתאר קיימת שהוכנה על-ידי מוסדות התכנון.

42. במקרה דנן לא מדובר בבנייה שבוצעה בניגוד להוראות של תוכנית מתאר קיימת, ולא מדובר בעברייני בנייה במובן הפלילי הרגיל. אין ומעולם לא היו תוכניות מתאר בשטח המועצה. כל הבנייה בתוך יישובי המועצה בוצעה לאורך השנים ללא היתר ולא לפי תוכנית מתאר כלשהי. רובה של הבנייה בתוך היישובים בוצעה עוד לפני הקמת המועצה, וחלקה בוצעה במהלך השנים בשל התארכות הליכי התכנון והמשך המצב הקודם של העדר חלופה לבניה חוקית. בל נשכח - מדובר ביישובים ותיקים, שהוכרו אך לא מזמן על-ידי ממשלת ישראל במטרה ברורה להביא להסדרת מעמדם התכנוני. משמעותו המעשית של פסק הדין קמא היא הריסה מסיבית בתוך היישובים ובאופן שעומד בניגוד מוחלט למטרה זו. תוצאה אבסורדית זו מנוגדת תכלית הניגוד להגיון שמאחורי ההכרה ביישובים, שלא לשם הריסת בתיים הוכרו, אלא לשם פיתוחם, תכנונם והסדרת הבנייה שבתוכם.

43. בית משפט נכבד זה כבר עמד על כך, כי שלטון החוק משמעו שלטונו של החוק הראוי, אשר מגשים את ערכי היסוד של השיטה בכלל וזכויות אדם בפרט: "לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמאלית, גם משמעות מהותית: זה שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צרכי הכלל והפרט" (בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 621-622 (1986)).

44. כאשר "הפרת" החוק על-ידי תושבי המועצה ועשרות אלפי אזרחים בדואים במצבם הינה פועל יוצא של המציאות המתוארת לעיל, אין בנמצא צידוק משפטי, מוסרי או חברתי לדרוש מתושבי המועצה לתת את הדין בשם שלטון החוק. אין לקבל את הקביעה ששלטון החוק מחייב ביצוע הריסה מסיבית של בתים ושל כפרים. דרישה שכזו נוגדת את תחושת הצדק הבסיסית ביותר, והלוא שלטון החוק חותר לעשיית צדק. שלטון החוק מחייב שלא יענישו אדם, אלא מקום שיכול היה לפעול באופן חוקי ובחר שלא לעשות כן (ראו את הדרישות בחוק העונשין ליסוד נפשי ושלילת האחריות במקרה של אוטומטיזם. עוד ראו ב' ברכה, "עיקרון שלטון החוק" בתוך: מ' גלעדי, א' בו-זאב, ד' טילינגר, עורכים, **מבלי לפגוע בזכויות – פרקי לימוד בדמוקרטיה וזכויות האדם** (חיפה, 1989, 158, 159).

45. האינטרס הציבורי שבהסדרת מעמדם התכנוני של יישובי המועצה, על הבנייה הקיימת בתוכם, הינו שיקול ראוי ומתחייב בכל מדיניות אכיפה בשטח המועצה ובנגב בכלל. אין בהתחשבות בשיקול זה משום פגיעה בשלטון החוק ו/או הימנעות בלתי סבירה מאכיפת החוק במידה המקימה עילה להתערבות שיפוטית. התערבות זו נוגדת את ההלכה, שלפיה אכיפת החוק מחייבת לא אחת התחשבות בשיקולים ואינטרסים סבירים וקביעה של סדרי עדיפויות. בוודאי כאשר המשמעות של מדיניות אכיפה עיוורת, המתעלמת מנסיבות הבנייה, תהיה פגיעה קשה בזכויות יסוד – כגון הזכות לדיור ולקניין – שכל רשות שלטונית חייבת לשים לנגד עיניה ולהעניק להן את המשקל הראוי במסגרת שיקוליה. המבקשת לא תוסיף מעבר לטענות ולאסמכתאות שהובאו בהודעת הערעור לעניין זה.

46. המבקשת תטען, כי טעה בית המשפט קמא עת הסיק מפסק דינו של בית משפט נכבד זה ברע"פ 2885/08 **הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' מוסא דכה** (טרם פורסם, ניתן ביום 12.11.09) (להלן, **פרשת דכה**), כי עקרון שלטון החוק אינו מאפשר לרשות תכנונית נקיטה במדיניות אכיפה, המתחשבת בנסיבות הבנייה ובהקשרה התכנוני, החברתי וההיסטורי. בפרשת **דכה**, ועדת התכנון היא זו שעמדה על נקיטת פעולות אכיפה ביחס למבנה שבתחומה, והתבקשה התערבות שיפוטית כדי למנוע את פעולות האכיפה. במקרה דנן, לעומת זאת, רשות התכנון היא זו שמבקשת לעשות שימוש מידתי בסמכויות האכיפה, ולעצב מדיניות אכיפה המתחשבת במכלול של שיקולים, באופן שמתיישב עם יתר חובותיה התכנוניות ובכללן קביעה של מסגרות תכנון בשטחה.

47. פסק הדין בעניין **דכה** אינו קובע כי אסור לרשות שלטונית להפעיל שיקול דעת באשר למדיניות האכיפה הראויה בשטחה. הוא קובע, לכל היותר, כי מותר לה לנקוט במדיניות אכיפה דווקנית המתעלמת מנסיבות הבנייה. ומכל מקום, פסק הדין בעניין **דכה** (המוטעה לעמדת המבקשת) לא ניתן בהקשר התכנוני הייחודי נשוא ערעור זה, הקשר המעורר את הסוגיה עקרונית, המורכבת וארוכת השנים של הסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב.

48. במאמר מוסגר תטען המבקשת, כי פסק הדין בפרשת **דכה** מציג תפיסה מוטעית, פורמליסטית לחלוטין, של שלטון החוק, שמשמעה כי שלטון החוק תקף כלפי הפרט ולא כלפי הרשות. לפי תפיסה זו, גם כאשר העבירה אותה ביצע הפרט היא תולדה של הפרה על-ידי הרשות של חובתה החוקית (להכין תכנית מתאר תוך זמן סביר), עדיין שלטון החוק יעדיף את אכיפת החוק על הפרט לפני אכיפתו כלפי הרשות. לעמדת המבקשת, תפיסה זו הינה בעייתית ביותר ואף מצריכה עיון חוזר. זאת, משום שהיא נקבעה מבלי להעמיד לבחינה חוקתית את פגיעתה בזכויות אדם, וכן מבלי להתמודד עם שאלת המשמעות הראויה של שלטון החוק במציאות העובדתית והתכנונית נשוא פסק הדין.

שמירה על זכויות יסוד בהליך התכנוני

49. לאותה תוצאה – של קבלת הערעור דן - ניתן להגיע אף בניתוח הסוגיה לאור הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאור הכלל הפרשני המנחה, שלפיו יש לפרש חוקים וסמכויות, לרבות סמכויות אכיפה, באופן שנותן קיום מירבי לזכויות אדם. בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע, כי כלל פרשני זה אינו פוסח על חוק התכנון והבניה והסמכויות וההליכים הקבועים בו, אותם יש לפרש באופן שמגשים זכויות (רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו ואחרים**, פ"ד נא(4) 625, 645 (1997)). בענייננו, שתי זכויות יסוד מרכזיות מונחות על הכף במסגרת בחינת מדיניות האכיפה נשוא הערעור: הזכות לקורת גג והזכות לקניין.

הזכות לקורת גג

50. הזכות לדיור הינה זכות חברתית ראשונה במעלה. הזכות מוגנת בצורה חלקית על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במסגרת הזכות לכבוד, ובית המשפט העליון חזר ופסק, כי העדר קורת גג עולה כדי פגיעה בכבודו של אדם³². בפרשת **מיסטר מאני** נפסק שהזכות למדור מהווה חלק מן הזכות למינימום תנאי קיום אנושיים ונתפסת כזכות יסוד בעלת תוקף חוקתי (ע"א 9136/02 **מיסטר מאני ישראל נ' ריזי** פ"ד נח(3) 934, 942 (2004). ר"ג: רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001); האגודה לזכויות האזרח, **הנדל"ניסטית – הפרה של הזכויות לדיור ע"י מדינת ישראל**, עו"ד גיל גן-מור (2008)).

51. זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו, וזכותו שלא להיות מפונה בכפייה ממקום זה, בין בשל הריסת ביתו ובין בדרך אחרת, חוסות תחת חוק היסוד. **בפרשת עג'ורי** נפסק, שהוצאתו הכפויה

³² בשל חשיבותה החברתית והערכית של הזכות לקורת גג, ישנם 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, וכן סעיף 86 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס-1980. באופן דומה, סעיף 79 לחוק המיס, 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.

של אדם מביתו פוגעת בכבודו ובקניינו. 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 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002)).

52. 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. בהעדר 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 הרלוונטית לתושבים הייתה בלתי סבירה ולא היה בה 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 יפוגו הדיירים הפולשים ללא פתרון דיור ארעי הולם, וזאת עד לתיקון אי החוקיות בהליכי התכנון³³.

53. הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים (adequate housing) מוכרת במשפט הבינלאומי בשורה ארוכה של אמנות, עליהן חתומה מדינת ישראל, 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 מחייה 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, 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 האפשריות³⁴.

54. ההכרה בזכות לדיור, ובתוכה בזכות לקורת גג, מחייבת פרשנות מצמצמת של הוראות וסמכויות, המובילות לשלילת הזכות. פרשנות כזו מובילה למסקנה הברורה, כי אין לנקוט במדיניות אכיפה מוגברת, הכוללת הריסה של בתי מגורים, בטרם השלמת הליכי התכנון בשטח המועצה. פרשנות זו מתחזקת יותר לאור כך, שלגבי מרבית הבתים נשוא הערעור יש סבירות גבוהה שיינתנו היתרי בניה לכשיושלמו הליכי התכנון. היא מתחזקת עוד יותר לנוכח העקרונות המנחים להסדרת ההתיישבות הבדואית הנגב, עליהם עמדנו בהרחבה לעיל.

³³ פסק הדין סוכס 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':

³⁴ הערה כללית 4 ל-ICESCR, לאמנה ר': <http://www.fao.org/righttofood/KC/downloads/v1/docs/AH356.pdf>; The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, 2000(11) BCLR 1169 (CC)

זכות הקניין

55. זכות הקניין זכתה להגנה חוקתית במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 3 לחוק), ובפסיקת בית המשפט העליון (ר' ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995)). הגבלת אדם מלהשתמש כרצונו בקניינו, לא כל שכן הריסת ביתו, מהווה פגיעה בזכות הקניין שלו.

56. חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו השפיעה על השיח החוקתי בהקשר של זכות הקניין ודיני התכנון והבנייה. מכוח חוק היסוד חלה החובה לפרש את דיני התכנון והבנייה, לרבות את סמכויות האכיפה שניתנות מכוחם, באופן שנותן קיום מירבי לזכות הקניין, וכפי שציין פרופ' מיגל דויטש בספרו **קניין** (כרך א, תשנ"ז-1997) בעמ' 286-287: "גם בתחום דיני התכנון והבנייה ודיני ההפקעות יחול הכלל הבסיסי... אשר חל על הגנת הקניין בכלל, והוא, כי יש להעדיף פרשנות אשר מקטינה את הפגיעה על-פני זו שאינה עושה כן."

57. השמירה על קניינם של תושבי המועצה ושל האזרחים הערבים הבדואים נגב בכלל מקבלת משמעות מיוחדת בהיותם מיעוט ילידי. הערה כללית 23 של ועדת האו"ם לביעור כל צורות האפליה הגזעית CERD עוסקת בזכויותיהם של מיעוטי מולדת ועמים ילידיים, ובמיוחד בזיקה של עמים אלה לקרקע ולזכויות קניין. סעיף 5 להערה מפרט את חובת המדינה להגן על זכויותיהם של עמים ילידים להיות בעלים על אדמתם ומשאביהם וכן לפתח, לשלוט ולהשתמש בקניינם.³⁵

58. ביולי 13.9.07 קיבלה עצרת האומות המאוחדות את ההכרזה בדבר ההגנה על זכויותיהם של עמים ילידים (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples), שבין היתר עיגנה את זכויות הקבוצות הילידיות להגן על אדמותיהן וקניינם. נורמות אלה כוללות את החובה שלא לפנות עמים ילידים בכוח מאדמתם או מאזורי מחייתם ולא ליישבם מחדש ללא הסכמתם החופשית, המוקדמת והמודעת, ובכפוף לפיצויים הוגנים ומלאים (סעיף 10 להכרזה). כמו כן, לעמים ילידים הזכות להיות בעלים, להחזיק, להשתמש, ולשלוט על הקרקע, הטריטוריה והמשאבים בהם הם מחזיקים מכוח הבעלות המסורתית, וזכות להשבה של קרקעות ומשאבים שנגזלו מהם (סעיפים 1, 2 ו-26 להכרזה שחוזרים על הוראות הערה כללית 23 של ועדת CERD)³⁶.

³⁵ <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/73984290dfea022b802565160056fe1c?Opendocument>

³⁶ http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_en.pdf
באמנה נקבע, כי על המדינות להעניק הכרה והגנה חוקת לקרקע, טריטוריה ולמשאבים השייכים לעמים ילידים או מוחזקים על ידיהם. הכרה שכזו תיעשה תוך הענקת כבוד למנהגים, למסורות ולשיטות בעלות הקרקע של העמים הילידים (סעיפים 3 ו-26). בנוסף, מעגנת ההצהרה את חובת המדינה לספק לאנשים השייכים לעמים ילידים מכניזם אפקטיבי, הנועד למנוע העברה כפויה העלולה לפגוע בזכויותיהם כקהילה (סעיף 28)ג להכרזה).

59. הכרזה זו, אף אם אינה מהווה חלק מהמשפט המחייב במדינת ישראל, הרי שהיא משקפת את הנורמות הבינלאומיות באשר לזכויותיהם של עמים ילידים, ועשויה לשמש כלי פרשני לחקיקה בישראל. פגיעה בקניינים ובבתייהם של תושבי המועצה, שברובם הוקמו לאורך השנים על קרקעות שבבעלותם המסורתית, כמובן שאינה מתיישבת עם הנורמות שלעיל.

60. מסקנותיה של ועדת האו"ם לזכויות האדם, העוקבת אחר יישום האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR), מיום 29.07.10, התייחסו אף הן לזכויותיהם הקנייניות של הבדואים בנגב. המסקנות הסופיות של הוועדה כללו התייחסות מפורשת לסוגיית הבדווים בנגב (סעיף 24 למסקנות)³⁷ הוועדה הביעה דאגה מאירועים של פינוי כפוי של אוכלוסייה בדואית, וכן מחוסר ההתחשבות בצרכיה המסורתיים ובאורח חייה של אוכלוסייה זו בתכנון ובפיתוח של הנגב. הוועדה קראה לישראל, בין השאר, לכבד את זכותם של האזרחים הערבים הבדווים לאדמות אבותיהם ולהבטיח את הגישה לשירותי בריאות וחינוך, למים ולחשמל ללא קשר למקום מגוריהם ולרבות בכפרים הלא מוכרים.

פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד

61. פסק הדין של בית המשפט קמא לא נותן שום משקל, כשהוא מנתח את מדיניות האכיפה הראויה, לפגיעה בזכויות יסוד של התושבים. לא רק שהוא גורם לפגיעה בזכויות יסוד מוגנות, אלא שהוא הופך את ההכרה ביישובים ואת העקרונות המנחים לחסרי משמעות, ובכך מעקר את המעט שהשיגו התושבים במאבק להכרה בזכויותיהם. מצב זה יוצר אבסורד מוחלט. מצד אחד הממשלה מכירה ביישובים ומתחילה בהליך תכנוני להסדרת מעמדם, ומצד שני, על פי פסק הדין, היא אמורה לפעול להריסתם בשל בניה ללא היתר.

62. הריסת בתי מגורים בשטח המועצה, בהתאם לקביעותיו של בית המשפט קמא, תביא בהכרח לפגיעה בזכויות החוקתיות לקניין ולקורת גג. מאחר שכך, הנקיטה באמצעי אכיפה זה חייבת לעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה, אשר בסעיף 8 לחוק היסוד, כדי שתהיה חוקתית. בפרט, על ההריסה לשרת תכלית ראויה ולפגוע בזכויות במידה שאינה עולה על הנדרש. לעמדת המבקשת, בנסיבות שתוארו בהרחבה לעיל, תנאים אלה אינם מתקיימים.

63. **תכלית ראויה**: הסמכות להרוס בתים, שנבנו ללא היתר, היא סמכות שתכליתה עונשית ומניעתית גם יחד: היא משמשת כענישה מרתיעה לבנייה ללא היתר, והיא אף נועדה למנוע את המשך קיומו של תוצר העבירה – אותו מבנה שהוקם ללא היתר, והכל כדי להשליט חוק וסדר ולמנוע מצב של בנייה מחוץ ו/או בניגוד למסגרת התכנונית הרלוונטית למקום ביצוע העבירה.

³⁷ למסקנות ועדת האו"ם ר':

64. תכלית זו אינה מתקיימת ביחס לבנייה ללא היתר ביישובי המועצה. מאחר שאין ולא הייתה לתושבי המועצה אפשרות לבניה חוקית, לא מתקיימת במקרה כזה כל תכלית הרתעתית. למעשה, ההריסה והענישה באות במקרה זה כדי לשמור על מסגרת תכנונית, שאיננה ומעולם לא הייתה קיימת. בנסיבות אלה, ההריסה אף לא תמנע את הישנות העבירה, שהרי במצב של חוסר ברירה והעדר חלופות דיור ייאלצו התושבים, במוקדם או במאוחר, לספק לעצמם קורת גג חלופית.

65. מנגד, מדיניות אכיפה שמתחשבת במציאות התכנונית בשטח המועצה משרתת תכלית ראויה של הסדרת מעמדם התכנוני של יישובי המועצה ושל מבנים, המשמשים מזה שנים רבות למגורים. תכלית זו משתלבת עם הצורך בפתרון מערכתי וצודק של סוגית ההתיישבות הבדואית, נותנת משמעות להכרה ביישובי המועצה ומקיימת את העקרונות המנחים הנ"ל.

66. בהעדר כל זיקה לתכלית המוצהרת של שמירה על שלטון החוק, ובהעדר מסגרת תכנונית וחלופות דיור כלשהן, ניתן לקבוע, כי ההריסה במקרה דנן לא נועדה לתכלית ראויה. נהפוך הוא. היא פוגעת בשלטון החוק ובתחושת הצדק הטבעי, כפי שפורט לעיל. למעשה, בהעדר תכלית ראויה כלשהי מתייתר הצורך בבחינת פעולת ההריסה לאור מבחן המידתיות. יחד עם זאת המבקשת תראה להלן, למעלה מן הצורך, כי הפעולה אינה עומדת אף במבחן זה.

67. על מנת להכשיר את הפגיעה בזכויות החוקתיות המוגנות, על מדיניות האכיפה שנקבעה בפסק הדין קמא לעמוד, במצטבר, בשלושת מבחני המשנה של המידתיות (בג"צ 5016/96 **חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד נא(4) 1, 53-54 (1997)):

מבחן הקשר הרציונאלי : ע"פ מבחן זה יש לבחון אם קיים קשר רציונלי בין הריסת המבנים, לתכלית הראויה שההריסה נועדה להגשים. מאחר שכפי שתואר לעיל, במקרה דנן לא מקיימת ההריסה את התכלית הראויה שלה נועדה סמכות ההריסה בחוק התכנון והבנייה, לאור העדרה לאורך זמן של תשתית תכנונית בשטח המועצה, הרי שמבחן זה אינו מתקיים.

מבחן הפגיעה הפחותה : האמצעי הפוגע בזכות חוקתית הינו חוקי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות תהיה קטנה יותר. בהינתן שמטרת חוק התכנון והבנייה היא הסדרת בנייה בהתאם לתכנון מתאר, הרי שברור כי האמצעי להשגת מטרה זו, שפגיעתו בזכויות לקנין ולדיור הינה פחותה, הוא הסדרת מעמדם התכנוני של היישובים והמבנים נשוא הערעור. ויודגש שוב, כי ברוב המקרים מדובר במבנים שיש סבירות גבוהה, כי יתקבלו לגביהם היתרי בנייה לכשיושלמו הליכי התכנון, ובכל מקרה בוודאי שיש צורך לבדוק שאלה זו לגבי כל מבנה ומבנה במסגרת מדיניות אכיפה ראויה.

מידתיות במונח הצר : אכיפה מוגברת ביחס לכל בנייה בשטח המועצה אינה מקיימת יחס ראוי בין מידת הפגיעה בזכויותיהם של התושבים לבין התועלת שתצמח מאכיפה זו. היא תביא לפגיעה ודאית, מוחשית וקשה בזכויות חוקתיות, ותגרום לאובדן מוחלט של אמון התושבים במועצה ובמהלכי התכנון שהיא אמורה להוביל בשיתופם. לעומת זאת, לא ניתן להצביע על כל תועלת שתצמח מכך. אף הטענה של המשיבה, שלפיה אי-אכיפת החוק מביאה לאנדרלמוסיה ולפגיעה בשלטון החוק, אין בה כדי להוות משקל כנגד הפגיעה הקשה בזכויות היסוד של התושבים. זאת, בין היתר נוכח הנסיבות הייחודיות של הבניה בשטח המועצה, שבוצעה לאורך השנים במציאות של הפליה והעדר תכנון, כפי שפורט לעיל.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להתיר למבקשת להצטרף לדיון בערעור כידידת בית המשפט, ולאור עמדתה דלעיל, לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית משפט קמא.

עאוני בנא, עו"ד
ב"כ המבקשת

היום, 6.12.2010