

בעניין:

1. **אברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח'**
  2. **עטוה עיסא אבו אלקיעאן ואח'**
- כולם ע"י ב"כ חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני  
ו/או מונא חדאד ו/או סאוסן זהר ו/או נדים שחאדה ו/או אראם מחאמיד  
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090; טל: 04-9501610;  
פקס: 04-9503140.

המבקשים

- נגד -

**מדינת ישראל - מנהל מקרקעי ישראל**  
ע"י פרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית  
רחוב קרית המדע 5, בניין B3, קומה 5  
הר חוצבים, ירושלים 9777605  
טל: 02-6362014; פקס: 02-6467038.

המשיבה

עתירה לדיון נוסף

מוגשת בזאת עתירה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן ביום 05.05.2015 בתיק רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל** על ידי כב' המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין ובהסכמת כב' השופט הנדל כנגד דעתה של כב' השופטת ברק-ארוז (להלן: "**פסק הדין**"). יצוין כי הגשת עתירה זו במועד זה הינה בהתאם להחלטתו של כב' השופט גלעד לובינסקי מיום 02.06.2015.

== מצ"ב העתק מפסק הדין נשוא עתירה זו והמסומן כנספח א'.

== מצ"ב העתק מהחלטת השופט לובינסקי מיום 02.06.2015 והמסומן כנספח ב'.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון נוסף בהליכים שבכותרת שידון ויכריע בשאלת ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין ולפיה בהליכים אזרחיים בענין תביעות סילוק יד ופינוי תהיה רשאית המדינה כבעלת המקרקעין להורות בכל עת על פינוי תושבים גם אם הם במעמד בני - רשות ללא קשר למשך זמן ישיבתם ו/או החזקתם במקרקעין וזאת משום ששיבתם זו לא מקנה להם זכויות משפטיות כלשהן וכי על הליכים אזרחיים מסוג זה לא חלים עקרונות המשפט המינהלי ו/או החוקתי.

במישור הקונקרטי מתבקש בית המשפט הנכבד להכריע בחוקיות פינוי המבקשים ממקום מושבם, הכפר עתיר-אום אלחיראן שבנגב ואשר הוכרו כבני רשות.

## מבוא ותמצית:

1. פסק הדין נשוא עתירה זו הינו פסק דין שניתן במסגרת ערעור אזרחי בענין תביעת סילוק יד ופינוי נגד המבקשים. פסק הדין מתייחס לתושבי הכפר עתיר – אום אלחיראן אשר הועברו אליו בשנת 1956 והוכרו לאחר מאבקים משפטיים ארוכים כבני רשות ולא כפולשים, כפי שנטען על ידי המשיבה. מאז 1956, יושבים המבקשים, יחד עם בני משפחותיהם, במקומם בהוראת המדינה, בהסכמתה ובידיעתה. רובם הגדול נולדו במקום זה, כפרם, בנו בתיהם, עיבדו ושיבחו את האדמה, גידלו בניהם ובנותיהם וקברו את יקיריהם ויקירותיהם במקום זה. המשיבה מסרבת להשאיר אותם במקומם וזאת לא בגלל חסמים הנוגעים לשלום הציבור ו/או סיבות תכנוניות או סביבתיות אלא משום שהיא - כפי שהודתה מפורשות במסגרת הערעור בפני בית המשפט העליון - מתכוונת להקים במקום ישוב חדש בשם חירן ומרעה וכי אמנם אין מניעה אוביקטיבית, לטענתה, להכליל את כפרם הלא מוכר כשכונה בישוב החדש או להכיר בו, אך קיומה של שכונה בדווית לא מתאים לישוב החדש המוגדר כישוב כללי וכי על הבדווים להתגרר בעיירות בדוויות. פסק הדין אישר ברוב דעות את החלטת המשיבה.

2. פסק הדין קובע הלכה חדשה. נקודת המוצא של ההלכה החדשה היא שהבעלות במקרקעין מקנה לרשויות שיקול דעת רחב ביותר לדרוש בכל עת את סילוק היד מן מקרקעי המדינה וכי אין מקום לטיעוני התגוננות השייכים למשפט המינהלי והחוקתי בהליך זה בהיותם מהווים תקיפה עקיפה. לפיכך, בענין תביעות סילוק יד ופינוי תהיה רשאית המדינה, כבעלת המקרקעין, להורות בכל עת על פינוי תושבים גם אם הם במעמד בני-רשות ללא קשר למשך זמן ישיבתם ו/או החזקתם במקרקעין וזאת משום ששיבת התושבים לא מקנה להם זכויות משפטיות כלשהן וכי על הליכים אזרחיים מסוג זה לא חלים עקרונות המשפט המינהלי ו/או החוקתי.

3. הלכה חדשה זו נוגדת את ס' 16 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969 וכן משעה וסוטה משלוש מערכות הדינים: דיני מקרקעין, המשפט המינהלי והמשפט החוקתי. היא משעה את ההלכות שבדיני המקרקעין החלות על תביעות סילוק יד ואשר מציבות תנאים פרוצדורליים ומהותיים לצורך מימוש הפינוי; היא משעה את ההלכות של המשפט המינהלי המציבות תנאים לבחינת סבירותה והגינותה של החלטה מינהלית; והיא גם משעה את עקרונות המשפט החוקתי אשר קובעים כי גם בהעדר בעלות קניינית, הזכות לקניין כזכות חוקתית כוללת גם זכויות רכושיות ואובליגרטיות; וכן כי בני רשות שישבו במקום מושבם תקופת זמן ממושכת זכאים גם לזכויות החוקתיות לכבוד ולשוויון.

4. עמדת המיעוט של כב' השופטת דפנה ברק-ארז חלקה על עמדת הרוב הן במישור העקרוני והן בתוצאה האופרטיבית (הסעד). היא בחנה את תביעת סילוק היד לפי שתי מערכות הדינים: לפי דיני המקרקעין ועקרונות המשפט המינהלי. עמדה זו ציינה שפסק הדין של הרוב מפר את ההלכות הקיימות בענין שלפיהן כאשר מוגשת נגד מחזיקים במקרקעין תביעה לסילוק יד, שבבסיסה טענה של הסגת גבול, ומתברר שהנתבעים הינם בני-רשות, תידחה התביעה:

"אין ספק שזוהי ההלכה המחייבת בעת הנוכחית, ומכל מקום, היא יפה במיוחד בעניינם של בני-רשות שישבתם על הקרקע נבעה מהוראה מפורשת של הרשויות, להבדיל מרשות מכללא שלה ניתן לטעון ברבות

השנים. אם כן, כפי שצינו כבר הערכאות הקודמות שדנו בתיק, לא היה מקום להגשת התביעה במתכונת שבה הוגשה. התוצאה היא שהן מבחינת סדרי הדין והן מהיבטו של המשפט הציבורי המהותי אין מוצא מן המסקנה שנפלו פגמים באופן שבו הוגשה התביעה, ואף המשיכה להתנהל מבלי שהרשויות הפעילו שיקול דעת מחודש בעניין. " (פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז)

להבדיל מעמדת הרוב, עמדת המיעוט החילה את עקרונות המשפט המינהלי והיא הגיעה למסקנה שהחלטת הפינוי הינה בלתי סבירה כי :

"משהתברר כי המבקשים הם בני-רשות ולא מסיגי גבול, הרשויות היו חייבות להפעיל שיקול דעת מחודש באשר למתכונת הפינוי ולפיצוי שיוענק לתושבים במסגרת הליכי הפינוי. זאת הן לא עשו, אלא המשיכו לעמוד על החלטה שמלכתחילה התבססה על תשתית עובדתית מוטעית, וממילא על שיקולים חסרים שהותאמו אליה. המסקנה שאליה מגיע חברי אינה נותנת ביטוי מעשי לכך שהחלטה על הפינוי ובעיקר הפיצוי הכרוך בו הפרה את כללי המשפט הציבורי, ולכן אין מקום לכך שביט המשפט יאפשר לבצעה, במתכונתה המקורית, מבלי להפעיל שיקול דעת מחודש. " (פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז)

5. חשוב לציין כי ההלכה החדשה הזו סוטה גם באופן קיצוני וללא הסבר מן הלכת אל- קאלאב ששם דובר במקרה דומה להפליא למקרה הנדון.<sup>1</sup> בעניין אל- קאלאב הצטוו תושבים בדווים על ידי המושל הצבאי לעבור ממקום מושבם אל מקום אחר בשנת 1959; מינהל מקרקעי ישראל הגיש נגדם בשנת 1984 תביעות סילוק יד ופינוי ובית המשפט העליון דחה את תביעת הסילוק והפינוי וקבע כי מדובר ברשות בלתי הדירה.

6. פסק הדין נושא עתירה זו הינו הראשון בהיסטוריה המשפטית הישראלית הקובע כי בתביעות המדינה לסילוק יד ופינוי המופנות נגד תושבי ואזרחי המדינה, אין מקום להעלות טיעונים מן המשפט הציבורי בהיותם "תקיפה עקיפה". הבלבול הקיצוני של פסק דין זה הוא שתקיפה עקיפה על ידי נתבעים או נאשמים שונה מהמצב שבו תובע או עותר יוזם את ההליך. טיעונים אלה במסגרת תקיפה עקיפה הינם מותרים ונעשים באופן תדיר כאשר האזרח או התושב הוא הנתבע, העצור או הנאשם. מותר לקבוצה זו להתגונן מפני תביעות המדינה או פעולות הננקטות על ידי הרשויות. בתביעות סילוק יד ופינוי שהמדינה מגישה, לא האזרח הוא היוזם של ההליך. הוא מתגונן מפניו. לא במקרה, למשל, הוכרה במישור העקרוני זכותו של עציר להעלות, אף במסגרת הארכת מעצרו, טיעונים נגד חוקתיות סעיפי חקיקה ראשית המגבילים זכויות עצירים (ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010)). לכן, ההלכה החדשה הזו מתנגשת חזיתית עם הערכים החוקתיים המאפשרים לאזרח להעלות טיעונים נגד פעולות הרשויות. לפי הלכה חדשה זו האזרח אמור להיות מושתק.

7. כדי להמחיש את האבסורד שבהלכה החדשה שקבע בית המשפט בסוגיית התקיפה העקיפה, ניתן לדמיין למשל מצב זה במסגרת תביעה לסילוק יד יורה בית המשפט על פינוי אזרח או על הריסת ביתו כאשר האזרח עדיין ממתין לסיום הליכי התכנון הארוכים כדי להעלות טענות התגוננות מן המשפט הציבורי.

<sup>1</sup> ע"א 496/98 אל- קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343, 351 (1991).

8. כאשר התאינו כל המגבלות הקבועות בהלכות של דיני המקרקעין יחד עם השעיית המשפט הציבורי, שיקול הדעת של הרשויות לפי ההלכה החדשה נהפך למוחלט. לכן נותר לבית המשפט רק להסביר את החלטת המשיבה במקום בחינת החוקיות שלה. פסק הדין מסביר בקצרה כי החלטת הפינוי הינה הגונה וסבירה משום שהיא מציעה לתושבים לעבור לחורה. אך עקרון הסבירות וההגינות המוכר לנו במשפט בוחן באם **ההחלטה המינהלית עצמה** שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים והתקבלה על בסיס תשתית עובדתית נכונה ולא ההצעה שהיא נושאת; הרי גם אם ההצעה היתה מורה על מעבר מכפר עתיר – אום אלחיראן אל רמת אביב ג', היא לא היתה הופכת את החלטת הפינוי כשלעצמה - המובילה לעקירת התושבים והקמת ישוב חדש ושטח מרעה על חורבנות כפרם בנגב הרחב - להחלטה סבירה והגונה.

9. ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין מחייבת בחינה מחדש במסגרת דיון נוסף לא רק בגלל שהיא מוטעית וסוטה מן הדין הקיים אלא בגלל שהיא בלתי חוקתית באופן מובהק. אם נדמיין מצב שבו הלכה זו היתה מעוגנת בחקיקה ראשית, היא לא היתה עוברת את פסקת ההגבלה בהיותה חקיקה הפוגעת בזכויות חוקתיות באופן גורף. יתרה מכך, מכיוון שרוב המקרקעין במדינה הינם קרקעות מדינה, הרי תיאורטית - ולפי ההלכה החדשה - היה ניתן לפנות כמעט כל ישוב במדינה ובכל עת ללא חקיקה ראשית ואף ללא מנגנון פיצוי מפורט, דבר אשר יפגע באפשרות לביקורת שיפוטית מהותית. מסקנה קיצונית זו הדעת אינה סובלת.

10. למעשה, לא היה פסק דין בהיסטוריה המשפטית הישראלית מאז 1948 המאשר באופן מפורש החלטה המבקשת פינוי כפר שלם על בסיס אתני או מציין מפורשות כי מוצדק לפנות כפר שתושביו יושבים בו עשרות שנים במעמד בני רשות אך ורק למען הקמת ישוב אחר ושטח מרעה, לא בפסיקה הנוגעת לקו הירוק ואשר התייחסה לעקירת כפרים ערביים בתחילת שנות החמישים (כמו איקרת ובריעם) ולא בפסיקה שחלה על הגדה המערבית ורצועת עזה, וזאת ללא קשר לנכונות או לצדקת פסיקה זו. פסיקה זו הצדיקה את ההחלטות על בסיס טעמים ביטחוניים (או שיקולים ביטחוניים-מדיניים מובהקים במקרה ההתנחלויות בעזה בעקבות תכנית ההתנתקות שעוגנה בחקיקה ראשית והבטיחה מנגנון פיצוי-פינוי).

11. מומחים בכירים במשפט החוקתי ודיני קניין מתחו ביקורת חריפה על פסק הדין בהיותו סוטה מן ההלכות הרלבנטיות והדין הקיים. פרופסור ברק מדינה מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית מסביר כי פסק הדין משעה את הדין החוקתי וכי הוא מתעלם ממעמדה של זכות הקניין כזכות חוקתית לפי ההלכה הפסוקה. זכות הקניין כזכות חוקתית במקרה זה כוללת זכויות רכושיות ואובליגרטיות וללא קשר לבעלות. לפי פרופסור מדינה בחינת המקרה לפי עקרונות פסקת ההגבלה תוביל לתוצאה משפטית אחרת המקבלת את הערעור והמתיישבת עם הסעד שעלה בדעת המיעוט (פיצוי במקום עצמו: הכללת הכפר בישוב החדש). פרופסור חנוך דגן ופרופסור מרדכי קרמיניצר מהמכון הישראלי לדמוקרטיה טענו כי פסק הדין הוביל לתוצאה לא צודקת והוא מתעלם מן החוקים הרלבנטיים ומן ההלכות הרלבנטיות השייכות לדיני מקרקעין. כמו כן הם מסבירים כי פסק הדין לא נותן משקל כלשהו בנסיבות הענין לזכות לכבוד של התושבים שיושבים בכפר כבני רשות עשרות שנים. ד"ר רונית לוי-שנור המומחית לדיני קניין טוענת כי פסק הדין

מתעלם מהזכות לשוויון בהקצאת מקרקעין ומן חובתה של המדינה לנהוג בשוויון כלפי תושבי הכפר עתיר- אום אלחיראן.

== מצ"ב העתק ממאמרו של פרופ' ברק מדינה "פרשת אום אל-חיראן: פינוי – פיצוי והזכות החוקתית לקניין" שפורסם בבלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית (מיום 21.05.2015) והמסומן כנספח ג'.

== מצ"ב העתק ממאמרו של פרופ' חנוך דגן ופרופ' מרדכי קרמינצר " חירן – מכילה את אום – אלחיראן או קמה על חורבנה?" שפורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (מיום 01.06.2015) והמסומן כנספח ד'.

== מצ"ב העתק ממאמרה של רונית לוי- שנור "שוויון מחורר" שפורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (מיום 01.06.2015) והמסומן כנספח ה'.

## הערה למען הזהירות והשקיפות

12. למען הזהירות והשקיפות וללא קשר לעילת העתירה כאן לקיום דיון נוסף בדבר קביעת הלכה חדשה, המבקשים ו/או שאר תושבי כפר עתיר- אום אלחיראן שלא היו חלק מהליכי הערעור בפסק דין דנן ישמרו לעצמם את הזכות להגיש עתירה לבג"ץ לקבוע את בטלותו של פסק הדין ו/או לקבוע כי חלק מקביעותיו אינם מחייבים אף רשות לרבות בתי המשפט בישראל. פסק דינו של המשנה לנשיאה קובע קביעות בעובדה שלא הוכחו בפניו, ומעבר לממצאים העובדתיים שנקבעו בבית המשפט השלום ובניגוד לסדרי הדין הידועים בענין קבילותם של מימצאים עובדתיים חדשים, וללא מתן זכות להליך הוגן להתמודד עמן ובאופן גורף. חשוב מכל, כי קביעות גורפות אלו, באם יחולו ו/או יחייבו את כל עשרות המשפחות מהכפר עתיר- אום אלחיראן, אשר לא היו חלק מהדיונים ולא ניתנה להם הזדמנות להתמודד עם הקביעות, הן יגרמו להן נזקים אדירים בפני הערכאות דלמטה בכל הקשור לעיכוב ביצוע צווים, חלופות ופיצוי, ואם בכלל.<sup>2</sup> (על הליך מסוג זה ראו: בג"ץ 2247/02 בשארה נ' ארליך, פ"ד נו(2) 587 (2003)).

## ואלה הם נימוקי העתירה

13. נתחיל בתיאור העובדות הרלבנטיות מן פסק הדין של ביהמ"ש השלום ששם נקבעו הממצאים העובדתיים הרלבנטיים עד תיאור ההלכה החדשה של פסק הדין. לאחר מכן נפרט מדוע ההלכה החדשה סוטה באופן קיצוני מן הדין הקיים.

<sup>2</sup> כך למשל פסק דין זה קובע קביעה לא נכונה כי הליכי התכנון הינם סופיים מבלי שהדבר היווה ממצא עובדתי מוכח בפניו ולא היה חלק מהמצאים העובדתיים; ואם ניתנה הזדמנות נאותה להתייחס אליו, המבקשים היו מוכיחים כי הליכי התכנון אינם סופיים וכי אף גופי התכנון עצמם ציינו מפורשות כי תושבי הכפר רשאים להגיש בפניהם תכניות מפורטות לכלול את כפרם בתכנון. כמו כן, פסק הדין מתייחס להליכי תכנון שלא היו רלבנטיים בהליך בפני בית המשפט השלום וגם לא התרחשו עת הגשת הערעור בפני בית המשפט העליון והם לא היוו חלק מהערעור. בצדק מציינת השופטת ברק-ארוז בפסקה 3 לפסק דינה בענין נושא התכנון "עם זאת, כפי שצוין, עניין זה אינו בפנינו. הסוגיה שהונחה לפתחנו נסבה אך על פינויים של המבקשים, ובה אמקד את דברי". בנוסף, פסק הדין קובע כי חורה היא המקום שאליו יועברו כל תושבי כפר עתיר- אום אלחיראן וכי חורה הענייה והצפופה ביותר במדינת ישראל צוירה בפסק הדין כמצוידת בתשתיות ובתכנון מתאים לקליטת כל תושבי הכפר עתיר-אום אלחיראן. נושא חורה כחלופה 'הוגנת' לפיצוי לא היה חלק מהערעור, ולא נבחנה מידת נכונותה ואפשרויות התכנון בה והיקף הפיצוי של התושבים וכו'. חשוב מכל, רוב התושבים לא הביעו את עמדתם בנושא זה ולא נשאלו אודותיו וגם לא היו חלק מההליך; בצדק ציינה השופטת ברק-ארוז בפסקה 16 לפסק דינה "מאחר שלא נטענו בפנינו טענות בעניין זה אינני נדרשת אף לשאלות שעשויות היו להתעורר לנוכח ההעדפה של מתכונת הפיצוי...".

## ההליך בפני בית המשפט השלום:

14. בשנת 2004 פתחה המשיבה בהליכים אזרחיים לסילוק יד בפני בית המשפט השלום בבאר שבע נגד המבקשים בהליך זה (להלן: "המבקשים"). המבקשים משתייכים אל שתי משפחות המונות קרוב ל-40 תושבים מקרב תושבי הכפר הלא מוכר עתיר-אום אלחיראן בעילה שהם במעמד פולשים אל מקרקעין שבבעלות המדינה. התביעה התבססה על סעיף 16 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969 הקובע כי: **"בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין"**.

15. במהלך הדיונים שנמשכו קרוב לחמש שנים נשמעו עדים רבים מטעמי הצדדים במסגרת ההוכחות, ואשר התמקדו בעיקר סביב השאלה באם המבקשים הינם פולשים או בני-רשות (בתמורה או שלא בתמורה).

16. המשיבה באמצעות עדיה התעקשה כי התביעה לסילוק יד מבוססת על כך שהמבקשים הינם פולשים שהגיעו משום מקום אל מקרקעי המשיבה. המבקשים ביקשו להוכיח כי אין בסיס לתביעה משום שהם מחזיקים כדין במקרקעין כבני רשות וגם בתמורה. על בסיס עדויות רבות מטעם המבקשים שכללו הצגת מסמכים מארכיון המדינה שחלקם סווגו בעבר כמסמכים סודיים, הצליחו המבקשים להוכיח שהם לא פולשים אלא יושבים במקרקעין על פי ציווי של המושל הצבאי שציווה עליהם לעבור ממקום מושבם ומנע את חזרתם אליו וכי לאחר שני מעברים הצטוו על ידו בשנת 1956 להתגורר ולשבת בחלקות שהם יושבים עליהם היום. כמו כן, הוכיחו המבקשים כי הרשויות שילמו פיצויים בשנות ה-60 עבור נזק ליבולים וגם העניקו סיוע כספי לתושבי הכפר למען שיקום בתיהם שנפגעו בשנת 1997 עקב סופה ושיטפון.

17. הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית משפט השלום אישרו את עדויות המבקשים ונקבע כי אכן הם לא פולשים אלא במעמד בני רשות ובית המשפט אימץ כמימצא עובדתי את הנרטיב של העותרים כפי שצוין בפסיקה לעיל.

18. המבקשים טענו בסיכומיהם בפני בית המשפט השלום כי יש לדחות את התביעה על הסף מכיוון שזו אינה ממלאת אחר עילות הסף הבסיסיות לפי ההלכות שבדיני מקרקעין וגם החלטת הפינוי מפרה את עקרונות המשפט המינהלי והחוקתי. במישור דיני המקרקעין, טענו המבקשים ראשית, כי התביעה שהתבססה על הטענה שהמבקשים הינם פולשים דינה להימחק או בטלות כי היא לא ממלאת אחר סעיף 16 לחוק המקרקעין הנ"ל. שנית, זכותם של העותרים בקרקע הינה על פי רשיון לא הדיר במקרקעין; וכי תביעת סילוק היד לא עוברת את משוכת השיהוי שכן היא מוגשת לאחר עשרות שנים ופוגעת בעקרון ההסתמכות. לחילופין, טענו המבקשים כי גם אם רישיונם הינו הדיר הרי, ולפי הפסיקה, לא הוצגו נימוקים שיצדיקו את הפינוי.

19. במישור המשפט המינהלי, טענו המבקשים כי התביעה מוגשת בחוסר הגינות מאחר והיא לא התבססה על תשתית עובדתית רלוונטית. שכן, לפי עדי המשיבה הן בחקירות הראשיות הן בחקירות הנגדיות ההחלטה נשענה על שיקול אחד ויחיד שמדובר בפולשים (אגב, כך גם טענה המשיבה בסיכומיה)- דבר שהוכח שאינו נכון ולכן דין ההחלטה בטלות; כמו כן, החלטת הפינוי לא

שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים עובר להגשת תביעת סילוק היד ולכן ההחלטה בטלה כי היא לא עומדת במבחן הסבירות.

20. במישור החוקתי, טענו המבקשים כי, אמנם אין מחלוקת כי מדובר במקרקעי מדינה, אך הם נהנים מזכויות חוקתיות: זכות קניין (רכושיות), הזכות לכבוד ולשוויון ועל כן ההחלטה על פינניים פוגעת בזכויותיהם החוקתיות ובניגוד לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא לא נעשתה על פי חקיקה ראשית כמו במקרים דומים של פינוי בני רשות; התכלית המוצהרת על פי עדי המשיבה שמדובר במקרקעי מדינה ולכן מותר למדינה לפנות אותם בכל עת - אינה תכלית ראויה; וכי אם התכלית הסובייקטיבית היא פינוי תושבי הכפר למען הקמת ישוב יהודי - שעדי המשיבה התכחשו לה והמשיבה התייחסה אליה לראשונה במשפט אחד בסיכומיה, וכן שטח מרעה, כפי שהתברר מאוחר יותר, הרי גם תכלית זו אינה ראויה. בכל אופן, המבקשים הדגישו בסיכומיהם, כי ההחלטה לא עוברת את מבחן המידתיות, שכן לא נשקלו חלופות כלשהן מלבד חלופת הפינוי וכי לא הובאה ראייה אחת ולא נשמעה עדות אחת המעידות כי הישארותם של העותרים תפגע באינטרס ציבורי לגיטימי כלשהו, וכי אם המקום מיועד להקמת ישוב יהודי- דבר שהוכחש על ידי המשיבה לאורך כל ההליך - ושטח מרעה, הרי נימוק זה אמור דווקא לעבוד לטובת העותרים ולא ההיפך שכן הוא מעיד כי חלופת הכשרת כפרם ובתייהם הינה חלופה רלבנטית מבחינה תכנונית וכי לא נשמעה עדות אחת - לא בחקירה הראשית ולא בחקירה הנגדית, מטעם המשיבה המכחישה את אפשרות מימושה של חלופה זו; ובכל מקרה ולפי מבחן המשנה השלישי, עקירת תושבים מכפרם והריסת כפרם ללא צידוק ענייני פוגעת בערכי הדמוקרטיה.

21. ביהמ"ש השלום קבע כי המבקשים הינם במעמד של בני-רשות, עם זאת הוא דחה בתמצית את כל טיעוניהם המשפטיים ויצא מנקודת מוצא אחת ויחידה: המדינה נתנה והמדינה לוקחת:

"לפיכך, וכאשר כאמור לעיל, הרשות שניתנה לנתבעת ביחס למקרקעין, היתה רשות שניתנה חינם, הרי שזכאית היתה התובעת לבטלה, בהודעה לנתבעים בכל עת (ע"א 32/77 טבולצקי נ' בית הכנסת ובית מדרש החסידים, פ"ד ל"א (3) 210)".

ביהמ"ש השלום חייב את המבקשים לשלם למשיבה שכר טרחת עורך-דין בסך 10,000 ש"ח. == מצ"ב העתק מפסק הדין בת"א (שלום ב"ש) 3326/04 מדינת ישראל נ' אבו אלקיעאן (פורסם במאגרים, 30.07.2009) והמסומן כנספח ו'.

22. כך השעה בית משפט השלום את כל דיני המקרקעין החלים על פעולות הרשויות גם כאשר מדובר בבני - רשות. בית המשפט קבע כי אין למבקשים זכויות כלשהן במקרקעין ולו מסוג הזכויות הרכושיות. באם יש להם טיעונים בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי עליהם להעלותם "בפני הערכאה המתאימה, ואולם, במצב החוקי דהיום, אין בטענות אלה לבסס להם זכות במקרקעין, או הגנה מפני תביעת התובעת נגדם, מכוח בעלותה במקרקעין." (ראו עמ' 8 לפסק הדין).

23. המבקשים הגישו ערעור בפני בית המשפט המחוזי בבאר שבע אך ערעורם נדחה בנימוקים קצרים וחויבו בתשלום הוצאות על סך 10,000 ש"ח. עם זאת, השופט אריאל ואגו העיר לאמור:

"המערך העובדתי המצטייר הינו זה של העתקת מקום מושבם של המשפחות, לאתר הנדון, לפני עשרות שנים, ברשות, ואף בדרישת הרשויות המוסמכות. לימים, ומשיקולים שונים, הוחלט לבטל את ההרשאה, ולהביא לפינוי השטח. בהינתן עובדות אלה, שפסק הדין קמא מאזכר וקובע אותן כבלתי שנויות במחלוקת, יוצא, שמלכתחילה, כתב התביעה שהמשיבה הגישה, והמציג עילה של פלישה "סטנדרטית", ותפיסת חזקה ללא הרשאה כלשהי, לא תאם את מערך העובדות כהוותן, ולא שיקף את המציאות המורכבת ואת הנסיבות הלא שגרתיות, שפסק הדין קמא קובע, אלה שגם פורטו לעיל בחוות הדעת של כב' השופטת ברקאי בהליך הנוכחי. על הצגת הדברים בצורה לא שלמה ומדוייקת בכתב התביעה, יש להצר."

== מצ"ב העתק מפסק הדין בע"א (מחוזי ב"ש) 1165-09 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 28.02.2011) והמסומן כנספח ז'.

24. הנה כי כן, שתי הערכאות השיפוטיות דלמטה סירבו לדחות את תביעת סילוק היד למרות שהיא לא עונה על סעיף 16 לחוק המקרקעין ולא מגלה עילה, כי לא מדובר בפולשים; בנוסף, שתי הערכאות התייחסו לתביעת סילוק היד כתביעה השייכת למשפט הפרטי במונח הצר ללא התייחסות כלשהי לדיני המקרקעין או למשפט הציבורי. מבחינתן, המדינה (כמו כל אזרח פרטי) היא שנתנה והיא (כמו כל אזרח פרטי) רשאית לפי שיקול דעתה המוחלט לקחת בחזרה ובכל עת.

## ההלכה החדשה

25. המבקשים הגישו את בקשתם לרשות ערעור בפני ביהמ"ש העליון בשנת 2011 והם חזרו על טיעוניהם שהעלו בפני ביהמ"ש השלום בשינויים המחויבים. חשוב לציין כי הן הערעור בפני ביהמ"ש המחוזי והן בקשת רשות הערעור בפני ביהמ"ש העליון, התייחסו אך ורק לשאלות במשפט ולא ערערו על הממצאים העובדתיים של ביהמ"ש השלום.

26. כמו ביהמ"ש השלום גם פסק הדין דנו קובע כי מאחר ולא מדובר בבעלות במקרקעין, אזי אין למבקשים זכויות משפטיות או חוקתיות;<sup>3</sup> כמו ביהמ"ש השלום, פסק הדין קובע כי בתביעות סילוק יד אין מקום להעלאת טיעונים מן המשפט המינהלי או החוקתי כי טיעונים אלה הינם בבחינת תקיפה עקיפה ורק במקרים חריגים יישמעו.<sup>4</sup> כמו פסק הדין של ביהמ"ש השלום, פסק דין זה משעה את דיני המקרקעין ולא במקרה שאין בו התייחסות לחוק ואין בו אזכור אחד לא

<sup>3</sup> פסקה כ לפסק הדין קובעת כי "במישור המשפטי סבורני כי אין להיעתר לטענות המבקשים, בשל שני אלה: ראשית, טענותיהם בהליך זה למעשה אינן נוגעות בסוגיית הבעלות על הקרקע...שנית, אין נראה לי כי פעולות המשיבה...כרוכות בפגיעה בזכויות משפטיות של המבקשים"; פסקה לח לפסק הדין קובעת "המבקשים טענו לפגיעה בזכות הקניין, כאשר לגישתם, מן הראוי היה להכשיר את בתייהם במסגרת תכנונו של הישוב. אמנם, המבקשים ישבו בשטח, ברשות המשיבה במשך שנים לא מעטות – ואינם, כפי שטענה המשיבה תחילה, פולשים לשטח כמו במקומות אחרים; וכמובן עולה השאלה מהו המשקל שיש לייחס לכך. מכל מקום, אין ניתן לומר כי עצם הימצאותם בשטח והבניה בו הצמיחו להם זכות קניינית במקרקעין." ופסקה לא לפסק הדין קובעת "להלכה יתכן, מבלי לטעת מסמרות, כי במסגרת הליך פינוי – ביחוד משום שמדובר כאמור ביחסים שבין הפרט לרשות – יעלו טענות במישור החוקתי ומינהלי שלא יהיו תקיפה עקיפה, כגון טענות בדבר קניינו של אדם, המוגן במפורש בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו; אין הדבר כך בענייננו."  
<sup>4</sup> בפסקה כה לפסק הדין נקבע "טענות אלה שייכות להליכים אחרים...ואין מקומן במסגרת הגנתם מפני תביעת הפינוי שהגישה המשיבה." ובפסקה כט לפס"ד צוין כי "לסיכומו של דבר, טענות המבקשים בפנינו חורגות מהליכי הפינוי ואף מהחלטות הפינוי, בהיותן מופנות כנגד נושאים תכנוניים ועקרוניים אחרים והן מהוות תקיפה עקיפה." בפסקה לג לפסק הדין נקבע "בענייננו עסקינן בהליך לסילוק יד; הפן המינהלי עולה כמתואר מתוך טענות ההגנה של המבקשים בפני בית המשפט השלום, ובהמשך, בטענותיהם בערעור בבית המשפט המחוזי ובבקשה הנוכחית, ואינו נדרש כדי להכריע בנושא הפינוי עצמו...מכל מקום ביחס לתקיפה עקיפה, טענה כנגד דרך הפעלתה של הסמכות המינהלית, תוכל רק במקרים חריגים להתברר בדרך זו...בענייננו אין מתקיימים החריגים שברגיל מצדיקים בירור בדרך של תקיפה עקיפה."



להלכת אל-קאלאב או להלכות אחרות העוסקות בסילוק יד ופינוי, ואשר מציבות תנאי סף פרוצודרליים ותנאים מהותיים בפני תביעות מעין אלה. כמו ביהמ"ש השלום, גם פסק דין זה לא מתייחס להלכות הרלבנטיות מן המשפט הציבורי שלפיהן נקבע מפורשות כי גם בהעדר בעלות במקרקעין, קיימת לבני רשות זכות לקניין כזכות חוקתית שלא ניתן לפגוע בה אלא לפי דרישות פיסקת ההגבלה.

27. להמחשת האבסורד שבהלכה החדשה, נתייחס לקביעתו של פסק הדין לפיה היה על המבקשים להעלות את טיעוניהם המהותיים בפני ערכאות התכנון ולא בהתגוננותם מפני התביעת לסילוק היד והפינוי. ללא קשר לנכונות המשפטית של קביעה זו, הרי אם ניקח אותה כקביעה מחייבת ובבחינת הלכה פסוקה, נגיע למצב אבסורדי לפיו, בית המשפט יורה על פינוי האזרח או הריסת ביתו כאשר האזרח עדיין ממתין לסיום הליכי התכנון הארוכים כדי להעלות טענות הגנה מן המשפט הציבורי. זהו בדיוק המקרה כאן. הליכי התכנון בענין הישוב חירן, כפי שמציין פסק הדין עצמו נמשכו אף לאחר הגשת הערעור בפני בית המשפט העליון (ראו פסקה לט שמציינת כי החלטת ועדת העררים ניתנה ביום 24.09.2012). יוצא כי היה ניתן לפנות את תושבי כפר עתיר-אום אלחיראן – וגם להרוס את בתי הכפר מבלי לאפשר למבקשים להעלות את טיעוניהם בפני הערכאות שאמורות להורות על הפינוי או ההריסה. ברור לכל כי, אם היו המבקשים מגישים עתירה לבג"ץ בטרם סיום הליכי התכנון, עתירתם היתה נדחית בהיותה עתירה מוקדמת ומבלי שמוצו ההליכים בפני ועדות התכנון (ראו את פסקי הדין המועלים בפסקה כו בפסק הדין שבהם נדחו עתירות מסוג זה, שחלק מהעותרים בהם היו תושבי עתיר – אום אלחיראן, בטענה שהן עתירות מוקדמות בהיותן עוקפות את הליכי התכנון או לא ממתונות עד סיומם הפורמלי, וכי החלטת הממשלה הינה רק תחילת הדרך וישומה תלוי בסיום הליכי התכנון, וכי מי שיש לו התנגדות על החלטת הממשלה, יעלה זאת בהליכי ההתנגדות תחילה, היינו מיצוי ההליכים הוא באמצעות הליכי ההתנגדויות והעררים ולא בעתירה לבג"ץ כצעד ראשוני).<sup>5</sup>

28. עמדת המיעוט של השופטת ברק-ארז חלקה על פסק הדין של הרוב הן במישור המשפטי העקרוני והן בתוצאה האופרטיבית. נקודת המוצא של עמדת המיעוט שונה באופן מהותי מעמדת הרוב בכך שהיא מחילה את ההלכות של דיני מקרקעין בענין התביעות לסילוק יד נגד בני רשות וגם מחילה את עקרונות המשפט המינהלי. לפי עמדת המיעוט, תביעת סילוק היד לפי ההלכה הפסוקה המחייבת היום בטלות משום שהיא לא מגלה עילה בהיותה הסתמכה על עובדה מוטעית ולא נכונה; כי היא נסמכה על הטענה שהמבקשים הינם פולשים. שנית, החלטת הפינוי לפי עקרונות המשפט המינהלי דינה בטלות ומחייבת שקילה מחודשת משום שהיא לא הסתמכה על תשתית עובדתית נכונה, לא שקלה את כל השיקולים הרלבנטים ולא נתנה משקל כלשהו לעובדה שמדובר

<sup>5</sup> הנימוק של פסק הדין ולפיו היה אפשר לתקוף ישירות את החלטת הממשלה משנת 2002 המורה על הקמת ישוב חדש, הינו נימוק בעייתי ביותר. ראשית, החלטה זו לא מורה על פינוי תושבי כפר עתיר-אום אלחיראן ולא על הריסת בתיים; במידה מסוימת החלטה ממשלתית זו מחזקת דווקא את טענת התושבים נגד הליכי הפינוי שכן היא מוכיחה שהמקרקעין שבחזקתם ניתנים להכשרה והמקום הינו מיועד גם לתכנון. לכן לא היה הגיוני מבחינתם לתקוף בשלב כל כך מקדמי החלטה ממשלתית המעידה דווקא שהשטח של כפר לא מוכר יהיה מיועד לתכנון, ופיתוח ולא להריסה בשל בעיות תכנוניות. שנית, ובכל מקרה גם לא היה מקום להגיש עתירה לבג"ץ בנושא; עתירה כזו הינה עתירה מוקדמת ביותר שהיישום שלה כפי שנקבע על ידי בג"ץ יותר מפעם תלוי בהליכי התכנון שיתחילו מאוחר יותר. בהקשר זה חשוב לציין כי האגודה לזכויות האזרח בישראל הגישה בשנת 2012 עתירה בשם תושבים מכפר עתיר-אום אלחיראן נגד החלטת הממשלה בענין הקמת ישובים במבואות ערד ועתירה זו התייחסה באופן מפורש לפגיעה בכפר עתיר – אום אלחיראן, ובג"ץ דחה את העתירה בהיותה עתירה מוקדמת המצריכה להמתין עד סיום כל הליכי התכנון: ראו בג"ץ 6094/12 אבו אלקיעאן נ' ממשלת ישראל (פורסם במאגריס, 09.10.2012).

בבני רשות היושבים במקום תקופה כה ארוכה ולכן מדובר בהחלטה לא סבירה והמנוגדת לעקרונות המשפט הציבורי.

29. התוצאה של הדיון המשפטי שעמדת המיעוט מציגה, מוביל אותה למסקנה המנוגדת לעקירה וכי הפיצוי הראוי במקרה זה מחייב שיהיה פיצוי בחלקות במקום מושבם של התושבים ולא בחורה וכי לא נשמעה שום טענה מצד המשיבה כי אין אפשרות תכנונית שהפיצוי יהיה פיצוי בעין (חלקות או מגרשים) בישוב החדש.

30. עמדת המיעוט הבהירה כי הפער בינה לבין עמדת הרוב אינו כפי שנומק בפסק דינו של המשנה לנשיאה כדבר לא מהותי, אלא מדובר במחלוקת במישור המהותי היורדת לשורשו של העניין.<sup>6</sup>

31. הנה כי כן, פסק הדין מאשר את פסק דינו של ביהמ"ש השלום כולל קביעותיו המשפטיות הן לגבי העדר זכויות משפטיות כלשהן למבקשים, גם אם הם בני רשות, והן לגבי אי הרלבנטיות של תחולת המשפט הציבורי בתביעות סילוק יד. דבר שהוביל לתוצאה אופרטבית אחת: המדינה נתנה והמדינה לוקחת בחזרה בהיותה בעלת המקרקעין.

### **ההלכה החדשה סוטה מדיני מקרקעין בענין תביעות סילוק יד:**

32. ההלכה המחייבת לענין תביעות סילוק יד ופינוי כיום נקבעה עוד בענין פריצקר בו נדחתה תביעה לסילוק יד, בשל אי הוכחת עילת התביעה, משהתברר שהמשיבים לא פלשו לחלק מהדירה כפי שנטען בכתב התביעה אלא החזיקו בו כבני רשות (ע"א 444/65 פריצקר נ' שאהין, פ"ד כ(1) 675 (1966)). הלכה זו אף צוטטה בהסכמה על ידי כב' השופט רובינשטיין ברע"א 10343/05 "עמידר" החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' משה (פורסם במאגרים, 2006) כאשר לא מצא לנכון לתת רשות ערעור שכן:

"שני בתי המשפט הקודמים ציינו כי המשיבה – בניגוד לנטען בכתב התביעה – אינה בחינת פולשת, שכן תחילת החזקתה בנכס היתה כדין. בית המשפט המחוזי סמך יתדותיו באילן גדול, השופט (כתארו אז) לנדוי בע"א 444/65 פריצקר נ' שאהין, פ"ד נ 675, 678. אליבא דשני בתי המשפט, היה די בכך לדחיית התביעה והערעור. פשיטא שקביעה עובדתית זו מהווה מכשול קשה בפני רשות ערעור בגלגול שלישי."

33. הלכת אל-קאלאב מתייחסת למקרה דומה להפליא ששם בית המשפט העליון דחה את תביעת סילוק היד של המשיבה נגד משפחות בדוויות, גם בהעדרו של הסכם בכתב המעיד על עיסקה במקרקעין, וזאת משום שהמדינה באמצעות המושל הצבאי היא שהורתה על העברתן ואסרה את כניסתן לשטח שהיה בהחזקתן וכן לאחר עבור תקופה כה ארוכה מיום העברתן (מאז 1959 עד

<sup>6</sup> במסגרת המשא ומתן שערכו הצדדים ביניהם בעקבות החלטת הביניים של בית המשפט הנכבד, הביעו העותרים את נכונותם להשתלב בישוב החדש וביקשו שהכפר שלהם יהיה חלק מהישוב החדש (בדומה לסעד שקבעה עמדת המיעוט כאן) והם הביעו את נכונותם להגיש תכנית מפורטת שתשקף זאת. למעשה, המבקשים היו מוכנים לכל הסדר או פשרה בתנאי שתובטח אי עקירתם וניתוקם מן הכפר. אך נציגי המשיבה הבהירו באופן מפורש כי גם אם אין בעיה תכנונית להפוך את הכפר לשכונה בתוך הישוב החדש, הם מתנגדים שתהיה שכונה בדווית בחירן. כל קבוצה תחייה, לפי עמדת המשיבה, לפי תרבותה האתנית. הדברים האלה הובאו בפני בית המשפט הנכבד בהודעות הצדדים האחרונות. יצוין כי, הדברים הברורים האלה תועדו בפרוטוקול מוסכם מטעם הצדדים, ועותק ממנו נמצא אצל המבקשים שהביעו את נכונותם למסור אותו בפני בית המשפט הנכבד אם יתבקשו לכך.

שנות השמונים), הרישיון במקרקעין נהפך אף לרישיון בלתי הדיר ונחשב כרישיון בתמורה. בכך ביטל בית המשפט העליון את תביעת סילוק היד וקיבל את הערעור נגד ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע:

"אשר ליכולתו של המינהל לבטל רישיון שנתן, קבע השופט לנדוי (כתוארו אז) את ההלכה, לפיה: "כיום מן המוסכמות הוא שאבד הכלח על הלכת (1845) wood v. Leadbitter, שאדם המשתמש במקרקעין על-פי רישיון, אפשר תמיד לסלקו משם, אף שנתן תמורה בעד הרישיון, ותרופתו היחידה היא קבלת פיצויים. עוד במאה ה-19 הסתמן קו תקדימים אחר שריכך את חומרת הדין בענין זה [...] ובשנים האחרונות התגבשה הלכה חדשה, על יסוד דיני היושר, שלפיה מונעים בתי-המשפט את סילוקו של בעל הרישיון, כאשר הסכם הרישיון נותן לו זכות להשתמש בקרקע לתקופה מסויימת או אף ללא הגבלת זמן, והצדק דורש את קיום החוזה בעין. ההסכם יכול להיות מפורש, אך הוא גם יכול להשתמע מן הנסיבות" [...] בית-משפט זה הבחין בין מתן רישיון ללא תמורה, אותו ניתן לבטל, לבין רישיון בתמורה, אותו לא ניתן לבטל [...] גם כלל זה צומצם במקרים מיוחדים, וכדברי כבוד הנשיא בע"א 515/76 לעיל, "גם אם לא שולמה תמורה עבור מתן הרשות להקמת המבנה או עבור זכות המגורים, אין ללמוד מכך שהרשות ניתנת לביטול בכל מקרה ועל אתר. כל רשות ורשות ותנאי ביטולה ואלו תלויים בנסיבות המיוחדות של כל אחת מהן...". שופט בית-משפט השלום המלומד קבע, על סמך העדויות שהיו לפניו, כי: "הרשות שנתנה לתובעים להשתמש במקרקעין הכוללים את אדמת המריבה, נתנה להם חלף מקרקעיהם הקודמים שמהם נותקו על ידי הממשל הצבאי, רשות זו נתנה להם מתוך התחושה של מחוייבות מוסרית אך גם כדי לשכך את מחאתם הצפויה ולמנוע מהם צעדי מחאה."

ע"א 496/89 אל- קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343, 351 (1991)

ההלכה החדשה של פסק הדין בעניינו הינה קיצונית ביותר מאחר ומצד אחד היא מבקשת להתייחס למקרה הנדון כמקרה פרטי ששייך למשפט האזרחי הפרטי, אך מצד שני היא מתעלמת מאותו משפט פרטי המטיל גם הוא מגבלות על בעל המקרקעין. כך למשל, השתהות המשיבה בהגשת התביעות לפינוי יש בו כדי ללמד על זניחת התביעה, דבר אשר שינה את מצבם של המבקשים לרעה. ההלכה הפסוקה קבעה בשורה של פסקי דין כי חובה ליתן משקל רציני ביותר להשתהות בתביעת סילוק היד, אינטרס הציפיות וההסתמכות אשר עשויים כשלעצמם לדחות את תביעת סילוק היד (ראו למשל: ע"א 4682/92 עזבון המנוח סלים עזרא שעה ז"ל נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נד(5) 525, 287-288 (2000); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5) 433, 445-449 (2003); עע"מ 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ובניה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673, 679 (2002)).

בהקשר זה מציינת פרופ' זלצמן כלהלן:

"הציפייה שיצר בעל המקרקעין אצל פלוני והנזק שסבל פלוני בהסתמך עליה מחייבים לבחון את מערכת היחסים שנוצרה לא רק במשקפיו של הדין הפורמאלי, אלא גם על-פי שיקולים של צדק, לאמור, האם יהיה זה צודק לאפשר לבעל המקרקעין להתנער בנסיבות אלה מן הרשות שנתן ולתבוע סילוקו של פלוני מן המקרקעין? [...] בית המשפט רשאי, משיקולים של צדק, למנוע את ביטול הרשות [...] שיקול הדעת המסור לבית-המשפט מכוון ליתן פתרון צודק בנסיבותיו של המקרה. "כל רשות ורשות, ותנאי ביטולה, תלויים בנסיבות המיוחדות שלה" [ע"א 435/62

רכטר נ' מנהל מס עזבון ירושלים, פס"ד יז 701, 710] במילים אחרות, מאחר שהרעיון העומד מאחורי כלל המניעות הוא לספק פתרון ראוי וצודק בנסיבות המקרה, נדרשת גמישות בהפעלת הכלל. לשם כך ניתן לבית-המשפט שיקול דעת רחב בקביעת הסעד הראוי בנסיבות המקרה הקונקרטי, והמונחה על-פי שיקולים של צדק. במסגרת זו יתחשב בית-המשפט לא רק בתוכן הציפיה שיצר בעל המקרקעין ובמידת הסתמכותו של בר-הרשות, אלא גם בהתנהגות הצדדים".  
נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24, 30-33 (התשנ"ה-התשנ"ו).

34. הנה כי כן, ההלכה החדשה של פסק הדין הנדון סוטה באופן קיצוני מתחולת ההלכות בדיני המקרקעין.

### ההלכה החדשה מתנגשת עם ההלכה הפסוקה בענין תחולת המשפט הציבורי :

35. ההלכה החדשה סוטה באופן קיצוני ביותר בקביעתה מההלכה המושרשרת לפיה עקרונות המשפט המינהלי והזכויות החוקתיות מחייבות את הרשויות בכל פעולה משפטית שהיא נוקטת. בענין מרכז הקבלנים, נקבע כי "האקט המינהלי הוא אחד, והמשפט המינהלי הוא אחד, ובין אם המדינה פועלת במשפט הציבורי בלבד של סמכות, ובין אם היא פועלת במשפט הפרטי בלבד של הסכס, היא חייבת לפעול על פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן הציבור".<sup>7</sup> ועל תחולת הזכויות החוקתיות על כל פעולה הנוקטת בה המדינה נקבע בענין עזאלה כי "עקרון השוויון חל על כל התחומים שבהם פועלת המדינה".<sup>8</sup> ובבענין חוקה למדינת ישראל נקבע כי "פעולה מפלה של השלטון בתחומי המשפט הפרטי תפר את חובת הנאמנות שהשלטון חב לאזרחיו. מכאן, שרשות שלטונית חייבת לפעול בכל פעולותיה - הציבוריות והפרטיות - מתוך שוויון".<sup>9</sup>

### ההלכה החדשה סוטה מהחובה המחייבת בדיקה מינהלית

36. הלכה פסוקה היא, כי כל רשות מינהלית חייבת לבסס את החלטתה על תשתית עובדתית רלבנטית ונכונה, עליה לשקול את כל השיקולים הרלבנטים ללא משוא פנים, וכן עליה לנמק את החלטתה בתום לב ולהימנע משרירות. פסק הדין הנדון הינו אדיש לעצם העובדה שבית המשפט השלום בבאר שבע לא נגע בשאלות אלו והתייחס אליהן כלא רלבנטיות. דיון בשאלות אלו היה מוביל למסקנה משפטית אחרת.

37. הדוגמאות לשימוש במשפט המינהלי בפסיקה העליונה הינן רבות. כך למשל פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בענין הקמתה של עיר אלעד הינו דוגמה לענין התערבותו של בית המשפט העליון בענייני הקצאת קרקעות, דיור והקמת ישובים ששם נקבע כי ההחלטה המינהלית לא

<sup>7</sup> בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 725, 747 (1980).  
<sup>8</sup> בג"ץ 1113/99 עזאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 160, 170 (2000).

<sup>9</sup> בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 201 (1991); ראו גם: בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 622 (1986); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 834 (2003); בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 366-367 (1998); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 899, 865 (2004); אהרן ברק, מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 280-283 (2010).

התבססה על תשתית עובדתית רלבנטית, לא שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים ולא בחנה את צרכי האוכלוסיות השונות באופן ענייני, שווה והגון.<sup>10</sup>

38. ההלכה הפסוקה אף החילה, במקרים רבים, את העקרונות הנ"ל על המפקד הצבאי כאשר היה מדובר בסוגיות השייכות למשפט הבינלאומי ההומניטארי ומעבר לקו הירוק. כך למשל בענין הריסת בתים נקבע:

"רואים אנו, שהנמקתו של המשיב, כשהחליט על הריסה ואטימה של המבנה, אינה מושתתת בחלקה על עובדות מהימנות. אין צורך להרבות מלים על כך, שהחלטתה של רשות צבורית צריכה להיות מעוגנת בעובדות ובנתונים אשר נאספו ונבחנו כהלכה, קודם שאלה יהוו תשתית עובדתית להחלטתה (וראה לעניין זה בג"צ 297/82, בעמ' 49-48). משנמצא, שחלק מתשתית זו אין לו על מה שיסמוך, מן הראוי לבטל את החלטת המשיב, על-מנת שישקול מחדש את עמדתו, לאור עובדות המקרה האמיתיות."  
בג"ץ 802/89 נ' **נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה**, מד (2) 601, 606 (1990).

מקרה אחר שעסק בחומת הפרדה יישם ביהמ"ש העליון את מבחן המידתית על רקע תחולת המשפט המינהלי וקבע כי:

"על רקע זה עולה השאלה מדוע אין להשיג את המטרות הביטחוניות המונחות ביסוד גדר הפרדה על ידי שינוי בתוואי הגדר באופן שהתוואי החדש יקיף את אלפי מנשה, אך ישאיר את חמשת הכפרים של המובלעת מחוץ לגדר [...] אכן, מתוך התשתית העובדתית כפי שהוצגה לנו, התוואי הקיים של גדר הפרדה מעורר תהיות. [...] הנה כי כן, לא שוכנענו כלל ועיקר כי מבחן המשנה השני של המידתיות מתקיים בתוואי הגדר היוצר את מובלעת אלפי מנשה. נראה לנו כי לא הושקע המאמץ הנדרש ולא נבחן לפרטיו תוואי חלופי שיוכל להבטיח את הביטחון ושפגיעתו בתושבי הכפרים קטנה יותר. על המשיבים לשוב ולשקול את התוואי הקיים מחדש."  
בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477, פס' 113-114 (2005).

### **ההלכה החדשה סוטה מהחובה להחיל את הזכויות חוקתיות**

39. כאמור אחת משתי נקודות המוצא העיקריות של ההלכה החדשה היא שמאחר ואין מחלוקת כי המקרקעין הן בבעלות המדינה, אין לעותרים בהן זכויות משפטיות כלשהן. הלכה חדשה זו סוטה מההלכות העקביות לפיהן נקבע כי מקרים אלה לא מאיינות את הזכויות החוקתיות.

#### **הזכות החוקתית לקניין:**

40. כבר בשורה של פסקי דין קבעה ההלכה הפסוקה כי היקפה של הזכות לקניין כזכות חוקתית כוללת גם זכויות רכושיות (ולא בהכרח רק את זכות הבעלות) והן נהנות מהגנה חוקתית לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך נקבע בעניין **בנק המזרחי** (2006):

<sup>10</sup> בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503, 510 (2000); לעניין ההקפדה על עקרונות אלה בכל הקשור להחלטות מינהליות בנושאי מקרקעין ותכנון ראו גם "ע"מ 9654/06 **חברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לערים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה** (פורסם במאגרים, 05.05.2008); ראו גם את פסקי הדין הראשונים והמובילים בתחום השמירה על עקרונות אלה בקבלת החלטות מינהליות: בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר המשפטים**, פ"ד לז(3) 29, 48-49 (1983); בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994).

"דומה שהכל מסכימים כי הקניין בחוק היסוד משתרע על כל הזכויות הקנייניות למיניהן כמשמעותן במשפט הפרטי. כמו כן מוסכם על הכל כי הקניין בחוק היסוד אינו מוגבל לזכויות הקנייניות בלבד... על כן כולל המושג החוקתי של הקניין גם את הזכות לחזקה ואת הזכויות האובליגטוריות [...] באחת הפרשות נפסק כי הדיבור קניין בחוק היסוד כולל בחובו קיצבת זיקנה [...] על רקע זה נקבע כי הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית, בין זכות חפצא ובין זכות גברא"  
(בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה**, פס' 9 (פורסם במאגרים, 20.09.2006)).

בענין **חוף עזה** נקבע, כי על אף שאין למתנחלים זכויות קנייניות מסוג בעלות במקרקעין, הם נהנים מההגנה החוקתית בדבר הפגיעה בזכויותיהם הרכושיות המוגנות על פי סעיף 3 לחוק היסוד:

"הקניין בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. 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) 583, 481 (2005)).

ועוד נקבע באותו ענין כי, "לישראלים המפונים היו זכויות רכושיות, שניתנו להם על ידי המפקד הצבאי ושוטלו על ידי חוק יישום ההתנתקות. בכך נפגעה זכותם החוקתית לקניין" (פס' 97 לפסק דין בעניין **חוף עזה**).

41. ועוד, גם קצבאות וגמלאות שונות הוכרו על ידי בית המשפט העליון כקניינים של הזכאים להם והפגיעה בהם נבחנה באמצעות פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פס' 11 (פורסם במאגרים, 09.09.2004); בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון** (פורסם במאגרים, 12.12.2006)). ובעניין אחר ציינה השופטת ברק-ארז כי:

"אכן, במהלך השנים, המושג "קניין" זכה להבנה רחבה וריאליסטית יותר. כיום, זכויות כלפי המדינה (זכות לרישיון, זכות לגמלה) אינן חשובות פחות למצבו הכלכלי של אדם מאשר זכויות קניין קלאסיות, וחשיבותן אף עשויה לעלות על זו של הקניין הקלאסי, כפי שהראה המלומד רייך במאמרו הקלאסי בנושא (Charles Reich, The New Property, 73 Yale L. J. 733 (1964)). ההגנה המשפטית על הקניין החדש זכתה להכרה גם בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: בג"ץ 4806/94 ד.ש.א נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 200-202 (1998); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 275 (2002)), ואף ניתן בה ביטוי להכרה בקצבאות רווחה מסוימות כקניין חדש (עניין מנור, בעמ' 739)."  
בג"ץ 7245/10 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה** (פורסם במאגרים, 04.06.2013)

#### **הזכות לכבוד (בחירת מקום מגורים ועקירה) והזכות לשוויון:**

42. פסק הדין מתעלם מתחולת הזכות לכבוד המעוגנת בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו הינה רלבנטית בשני היבטים: הראשון הוא עניין האוטונומיה האישית הכוללת בתוכה

בחירת מקום מגוריו של הפרט (המעבר הכפוי לחורה); והשני הוא עקירת תושבים ממקומם ההיסטורי היושבים בו תקופה כל כך ממושכת.

43. לגבי ההיבט הראשון, פסק הדין קובע כי הפתרון של כל התושבים של עתיר-אום אלחיראן הוא מעברם אל חורה, מבלי ליתן משקל כלשהו לרצונותיהם, לעמדתם, לשאיפותיהם ולזכותם כפרטים לקבוע את מקום מגוריהם. אגב, ספק אם ביהמ"ש העליון מוסמך לקבוע קביעה גורפת כזו כאשר הוא לא שמע את כל התושבים. אין חוק במדינת ישראל הכופה כפייה כזו. קביעה גורפת כזו סוטה מהמצאים העובדתיים שנקבעו על ידי ביהמ"ש השלום. אך ללא קשר לכך, בחירת מקום מגורים היא חלק מהותי מהאוטונומיה האישית של הפרט. כל אחד מהמבקשים זכאי לבחור את מקום מגוריו ללא קשר לשיוכו התרבותי או השבטי. הכרעה זו של פסק הדין נובעת מהעדר דיון כלשהו בסוגיית האוטונומיה האישית. והיא זו שהובילה אל תוצאה קיצונית וגורפת ביותר המתייחסת אל 1000 תושבים באופן אחיד: כל תושב מכפר עתיר-אום אלחיראן יעבור למקום ספיציפי ומוגדר והוא חורה. אין אפשרות אחרת.<sup>11</sup>

44. ההיבט השני של הפגיעה בכבוד האדם שלא נערך בו דיון כלשהו בפסק הדין הנדון נוגע לנושא עקירת התושבים כקבוצה שהשתרשה במקום מסוים ונקשרה אליו. בעניין **חוף עזה**, נקבע כי עצם העברת אדם ממקום מושבו הקבוע יש בה פגיעה בזכותו לכבוד:

"ביטוי לכך כי הוצאתו של אדם מסביבתו הטבעית מהווה פגיעה במספר זכויות אדם נתן הנשיא א' ברק באחת הפרשות בציינו: הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות כבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטים ויחסיו החברתיים" (פרשת עגור, עמ' 365; ראו גם דברי השופט ט' שטרסברג-כהן בע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 623). המסקנה היא, איפוא, כי חוק יישום ההתנתקות פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. לאור מסקנה זו, עלינו לעבור לשלב הבר, הוא שלב פסקת ההגבלה". (פס' 83 לפסק הדין **חוף עזה**)

ועוד, פסק הדין התעלם מתחולת הזכות לשוויון כזכות חוקתית בשני היבטים. הראשון הוא, ההתעלמות מהעקרון המחייב התייחסות שווה לאינטרסים של התושבים במקום הנמצא בו כפר עתיר – אום אלחיראן. מאחר והזכות הזו הושעתה, פסק הדין העדיף בקלות ללא דיון רציני את עקירתם של המבקשים למען הקמת ישוב חדש לקבוצה לא ידועה ועתידיה וכן להקמת שטח מרעה. העדר התייחסות לזכות השוויון כזכות חוקתית מנעה מפסק הדין למתוח ביקורת על המשיבה אשר בחרה להתעלם מהתייחסות שווה לאינטרסים של התושבים. במקום זאת, התפיסה שהנחתה את הפסק הדין היא התפיסה ההפוכה שלפיה דווקא בגלל שהמשיבה היא הבעלים של

<sup>11</sup> בשורה של פסקי דין נקבע כי הזכות לכבוד כוללת את ההכרה כי "האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק).

המקרקעין, אזי היא רשאית לנהוג לפי המדיניות שהיא קובעת ללא קשר לסוגיית איסור ההפליה.<sup>12</sup>

45. שנית, השעיית זכות זו הובילה לכך שפסק הדין יתייחס באופן לא נכון ובניגוד לפסיקה שעסקה בזכות לשוויון בדיוור שכן פסק הדין רומז כי העברתם של המבקשים לחורה כדי שיתגוררו עם בדווים, מוציאה את העוקץ מהפגיעה בזכות לשוויון, אם זכות זו רלבנטית. תפיסה זו מנוגדת באופן בסיסי ויסודי להלכות של בית המשפט העליון שדחה את עקרון "נפרד אך (לא) שווה" בהקשרים אלה. פסק דין **קעדאן** התבסס למעשה על דחיית טענות המשיבים שלפיהם, הערבים יתגוררו בישובים ערבים ויהודים יתגוררו בישובים יהודים.

46. אכן קיימים מקרים שבית המשפט מתבקש להגן על קבוצה מסוימת בעלת מאפיינים תרבותיים מובהקים מפני התבוללות, אך מקרים אלה נובעים מתוך העצמתן של קבוצות אלו ולפי רצונן ועל פי תביעתן מתוך רצון להגן על המיעוט ולא מתוך כפייה נגד רצונם. תפיסה זו נובעת מתוך מדיניות של העדפה מתקנת ולא הדרה. מיעוט שלא תובע להתגורר בנפרד, לא כופים עליו להתבדל. בהקשר הזה, העותרים הבהירו באופן מפורש שאין להם מניעה להתגורר עם כל אדם או כל קבוצה, ויהיה גודלה ואופיה אשר יהיו, בתנאי שלא יועקרו ויגורשו ממקום מושבם.<sup>13</sup>

#### פיסקת ההגבלה:

47. דיון בתחולת הזכויות החוקתיות היה מוביל לתוצאה אחרת המקבלת את הערעור לגופו. מכיוון שלא היה דיון כלשהו נתייחס כאן למרכיבי פיסקת ההגבלה בקצרה במטרה להראות שהתייחסות כזו תעיד שסבירות קבלת הערעור לגופו ושינוי התוצאה היא גבוהה מאוד.

#### פגיעה על פי חוק:

48. הדיון החוקתי היה מעלה את השאלה הראשונה: האם הפגיעה במקרה זה הינה על פי חוק? אכן, בין אם בית המשפט היה מגיע למסקנה, תוך דיון במסגרת דיני מקרקעין, שמדובר ברשות לא הדירה או ברשות הדירה, היה עליו, בשני המקרים, להגיע לכלל מסקנה כי הפגיעה צריכה להיות בחוק אשר יאפשר את העקירה אם בכלל ויקבע מנגנון מפורט של פינוי-פיצוי. שכן, כאשר מדובר במעמד בני רשות ובנסיבות המיוחדות של מקרה זה הנוגע למספר תושבים גדול, הקרוב ל-1000

<sup>12</sup> בהקשר זה מתאימים הדברים שנקבעו אודות תכליותיו של מינהל מקרקעי ישראל: "המינהל משמש נאמנו של הציבור בנהלו את מקרקעי המדינה. עליו לנהלם תוך שמירה על אינטרס הציבור בהם, לרבות שמירה על המקרקעין לתועלת הציבור כולו, כולל הצורך להימנע ממתן טובות הנאה בלתי מוצדקות במקרקעין לאחרים. כנדרש מכל גוף מינהלי, על המינהל לפעול בהגינות על פי שיקולים ענייניים ובשוויון, תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור. אחת התכליות הכלליות של כל גוף מינהלי היא לנהוג בשוויון. כך גם בקביעת מדיניות הקצאת קרקעות ויישומה". בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002).

<sup>13</sup> הקביעות הגורפות של פסק הדין מעבר לממצאים העובדתיים שאושרו על ידי ביהמ"ש השלום הן קיצוניות ביותר. כך למשל, פסק הדין קובע כי חורה היא הפתרון מבלי לקיים דיון כלשהו אודות מצב העיירה הזו הענייה ביותר במדינת ישראל, ומבלי לשמוע דבר וחצי דבר אודות המצב התכנוני שם שמתברר שאין בה תכניות ואין נכונות אף מצד המועצה המקומית לקלוט תושבים מחוץ לעירתם הענייה ביותר במדינת ישראל והסובלת ממצוקת דיור חמור. פסק הדין מביא עתירות תלויות ועומדות בפני ביהמ"ש העליון ומתייחס אליהם ועושה אותם כרלבנטיות מבלי לשמוע את תגובת המבקשים לכך. כך למשל הוא מסיק כי מאחר והוגשו עתירות מטעם תושבי חורה לחלוקת מגרשים שם, אז כנראה הביקוש הוא מצוין ומצב הוא טוב, אך אם היה שומע את המבקשים בנושא היו מסבירים כי הביקוש הוא גבוהה מטעם תושבי חורה בגלל מצוקת הדיור שם.



תושבים, דוקטרינת פיננוי-פיצוי מחייבת עיגון בהסדר ראשוני שכן הרשות המבצעת אינה מוסמכת לקבוע את מנגונוני הפיננוי- פיצוי בהעדר חקיקה ראשית המסמיכה אותה לעשות כן.

49. החלטות המינהל כשלעצמן אינן עונות על הגדרת הסדר ראשוני הקבוע בפסיקה (השוו עם עמדת השופט חשין בבג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם במאגרים, 27.02.2006). האמור לעיל, מקבל משנה תוקף כאשר מדובר בהוראות הנוגדות את הוראות ס' 16 לחוק המקרקעין.

50. מכיוון שרוב המקרקעין שהישובים במדינה יושבים עליהם הינם מקרקעי מדינה, אזי לפי ההלכה החדשה ניתן לפנות כמעט כל ישוב במדינה ובכל עת ללא חקיקה ראשית, הדעת לא סובלת מסקנה קיצונית זו. במקרים דומים ראה המחוקק לעגן את הפיננוי-פיצוי בחקיקה ספיציפית אלא אם היה מדובר בעקירה ופיננוי על פי תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.

51. אך בגלל שההלכה החדשה פטרה את עצמה מכל הדינים הרלבנטיים, היא מצאה את עצמה מדברת על פיננוי- פיצוי ועל חורה כפתרון הולם לפיצוי מבלי לקיים דיון בענין הבדוק את נכונות הקליטה של עיירה ענייה זו; מבלי לשמוע את תושבי הכפר, שרובם לא היו צד להליך; מבלי לשמוע את עמדת המועצה המקומית של חורה; ומבלי לבדוק באם הפיצוי-פיננוי עומד בסטנדרטים המקובלים. בכך קובע פסק הדין קביעות שהן מעבר למימצאים העובדתיים שקבע בימ"ש השלום שאמורות לחייב את כל הערכאות בעת הפיננוי, אם יתבצע. עמדת המיעוט לעומת זאת נמנעה מלהתייחס לפיצוי ההולם, ובצדק, בנימוק שהדבר לא הובא בפני ביהמ"ש.

### **תכלית ראויה:**

52. על פי הפסיקה העליונה, תכלית ראויה היא זו הנותנת משקל רציני לזכויות האדם, מתייחסת באופן מכבד ושווה לכלל הקבוצות.. השאלה באם הפיננוי הינו לתכלית ראויה לא נבחנה בפני ביהמ"ש השלום או בפני ערכאות הערעור. בחינת סוגייה זו הייתה מחייבת דיון בשאלות הבאות: האם פיננוי של 1000 תושבים היושבים כבני רשות ובמשך עשרות שנים בכפרם אך ורק בגלל שמדובר במקרקעי מדינה ו/או למען יישוב קבוצה אחרת במקום הספיציפי הזה ו/או למען שטח מרעה - הינה לתכלית ראויה? האם הפיננוי והעקירה של המבקשים והקמת ישוב ושטח מרעה על חורבנות הכפר עתיר-אום אלחיראן הינה לתכלית ראויה? לכל הדעות, אם היו השאלות הללו מועלות ונבחנות ברצינות על ידי ביהמ"ש השלום וערכאות הערעור לאחר מכן, התוצאה היתה אמורה להיות אחרת ואף מבלי להגיע למבחן המידתיות.

### **מבחן המידתיות:**

53. החלופה האחת והיחידה שנשקלה על ידי פסק הדין היא הפיננוי. לא רק שלא נשקלה החלופה שפגיעתה בזכויות האדם הינה מינימאלית, אלא פסק הדין עצמו ועל דעת הרוב מסביר בעקיפין כי כנראה אין קשר רציונלי בין התכנון להקמת ישוב חירן לבין העקירה של תושבי כפר עתיר-אום אלחיראן. בפסקה **לו** לפסק דין צוין כי:

"אמנם, וכפי שצוין קודם, יתכן כי מן הראוי היה מעיקרא להביא בחשבון את בתי הכפר בתכנון הישוב, הן בשל כך שבמקור התבססה תביעת הפינוי – אך לא הליכי התכנון עצמם – על הטענה כי המבקשים פולשים במקרקעין, אך בפועל היו בני רשות; והן בשל דברים שנאמרו מפי גופי התכנון כי לא היתה מניעה עקרונית – תכנונית לכלול את בתי המבקשים בתכנית המתאר לישוב."

54. דעת המיעוט מציינת בפיסקה 17 לפסק הדין כי "התוצאה של פסק דיני מכוונת לפיצוי שיינתן במסגרת התכנון הקיים, ולא הוצג בפנינו כל נתון המצביע על כך שפיצוי מסוג זה או דומה לו יביא לעיכוב בהקמת הישוב". היינו, לא הובאה ראייה אחת על ידי המשיבה שתצביע כי אין אפשרות להקים ישוב חדש בלי חלופת העקירה והפינוי כמהלך סופי.

55. למעשה, קריאת פסק הדין עצמו מצביעה כי לא הובא קמפוז של ראייה המעידה כי הכללת הכפר עתיר-אום אלחיראן בתכנון החדש תפגע בתכלית האוביקטיבית בדבר הקמת ישוב חדש.

56. אך מאחר ולא נבחנה השאלה לפי אמות מידה חוקתיות, פסק הדין מגיע למסקנה גורפת ביותר אשר מעדיפה את המדיניות הכללית של הממשלה בדבר העברת "הפזורה" לישובים בדוים כחלופה יחידה ללא דיון כלשהו בנסיבותיו המיוחדות של המקרה.<sup>14</sup> במילים אחרות, ולפי ההיגיון של פסק הדין, מדיניות כללית המתייחסת לכל האוכלוסייה הבדווית מאיינת כל אפשרות לבחינה פרטנית. הפתרון הוא אחד ויחיד לכל הבדווים ב "פזורה" ללא חריגים; ללא שקילת נסיבות ייחודיות של כל מקרה לגופו.

57. הגיונו של פסק הדין מנוגד, על כן, לעקרון המידתיות המחייב בדיקה פרטנית ואינדבדואלית השוללת את עקרון הגורפות.

58. למותר לציין כי הנימוק בדבר סופיות הליכי התכנון כסיבה המצדיקה עקירה, מעידה כשלעצמה על העדר דיון רציני בחלופות אחרות מלבד הפינוי והעקירה. ידוע לכל, כי הליכי התכנון הם גמישים ולא סופיים וניתן תמיד לתקנם, להוסיף עליהם ולשנותם, בין היתר, על ידי הגשת תכניות מפורטות גם לאחר האישור. עקרון "מעשה בית הדין" אינו חל על הליכי התכנון והם אינם בבחינת פסק דין סופי. הדברים גם הובהרו יותר מאחת בפסיקה העליונה לאמור:

"יודגש וייאמר, כי ההלכה היא, שוועדת תכנון ובנייה מוסמכת לעיין מחדש בהחלטות שנתקבלו על-ידיה ולשנות את עמדותיה עם שינוי הנסיבות. מותר לה לוועדת תכנון ובנייה גם לחזור בה מהחלטה קודמת, שכן עקרון "מעשה בית הדין" אינו חל על החלטות כאלה: "רשות תכנון רשאית מבחינה עקרונית לשנות את דעתה, אם לטובת האזרח ואם לרעתו, כאשר השתנו הנסיבות מאז קבלת ההחלטה הראשונה (ראה בג"צ 123/64; בג"צ 162/67, ואחרים), וכן היא יכולה להעריך את הנסיבות הקיימות הערכה חדשה, אם היא מוצאת לנחוץ לעשות כן מטעמים חשובים הנוצצים בטובת הציבור" (בג"צ 318/75 בעמ' 137) זאת ועוד: בבוא ועדת תכנון לשקול מחדש תכנית שיזמה והמליצה עליה או לשנות תכנית שאושרה, עליה לשקול את הדברים בזהירות רבה,

<sup>14</sup> חשוב לציין כי כל נושא ההתייחסות להחלטות הממשלתיות ונקיטת עמדה לגביהן בפסק הדין לא היה חלק מן הממצאים העובדתיים והדבר הועלה בפסק הדין מבלי ליתן אפשרות למבקשים להתייחס אליהן.

למען לא תקפח בהחלטה כזאת זכויותיו של אזרח, אשר פעל על-פיה,  
ולא תגרום עוולה."  
בג"ץ 18/82 חברה קדיש"א גחש"א ת"א נ' הוועדה המחוזית לתכנון  
ולבנייה תל-אביב-יפו, פ"ד לח(1) 701, פס' 12 (1984).

59. מבחן המשנה השלישי מכריע כאן. אף אם נניח כי לבקשת הפינוי תכלית ראויה, האם במאזן תועלת – נזק ראוי להרוס כפר הקיים מזה עשרות שנים ומספר תושביו מגיע כדי 1000 תושבים למען הקמת ישוב חדש לאוכלוסייה עתידית ושטח מרעה על חורבנות הכפר? ואם נניח שהמבקשים פספסו את מועד הגשת העתירה נגד התכנון (דבר שלא היה אפשרי), האם דבר העקירה במקרה זה לא יגרום נזק ציבורי בל יתוקן ולדורות? האם לא היה מקום לשקול את אחריות המשיבה שהתקדמה בתכנון כאשר היא ידעה שקיימים הליכים שטרם הסתיימו בענין הפינוי ובהם נידון, בין היתר, עניין מעמדם של המבקשים כבני רשות ולא כפולשים?

60. האינטרס הציבורי, גם אם בהנחה שהוא לגיטימי וכשיר, התועלת ממנו ככל שהיא קיימת לא עומדת, בראיה כללית, מול המחיר הכבד שייגרם עקב הפגיעה בזכויות אדם. הנזק, בנסיבות העניין, הינו גבוהה ביותר שאין דמוקרטיה יכולה לסבול אותו. התוצאה המעשית של פינוי אוכלוסיית אזרחים מסוימת והקמת ישוב חדש ושטח מרעה על חורבנות הכפר שלה מעבירה מסרים קשים ביותר לכלל הציבור. לא ניתן לתאר את הנזק הציבורי העצום שייגרם אלא כהפרדה, השפלה, זלזול ודיכוי על רקע קיבוצי.

### לסיכום:

61. הנה כי כן, ההלכה החדשה שהשעתה את כל הדינים הרלבנטיים (דיני מקרקעין, המשפט המינהלי והמשפט החוקתי) הובילה למצב שרירותי ביותר. בחינת התוצאה האופרטיבית של פסק הדין לפי הדינים האלה מגלה בנקל כי התוצאה המשפטית שהגיעו אליה שופטי הרוב הינה מוטעית ביותר ולא עומדת במבחני אף אחד משלושת הדינים האלה. מדובר בתוצאה לא צודקת שנוקיה הן במישור זכויות האדם והאזרח והן במישור הציבורי הינם עצומים. הפגיעה בעקרונות הצדק כאן הינה תוצאה ישירה של יצירת הלכה חדשה הסוטה באופן קיצוני מן הדין הקיים.

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקשת נשיאת בית המשפט העליון הנכבד להיעתר לעתירה זו ולהורות על קיום דיון מחודש במסגרת דיון נוסף בהליך זה.

---

מאייסאנה מוראני, עו"ד  
ב"כ המבקשים

---

סוהאד בישראל, עו"ד  
ב"כ המבקשים

---

חסן ג'בארין, עו"ד  
ב"כ המבקשים

חיפה, 07.06.2015