



23.11.2008

לכבוד

המועצה הארצית לתכנון ובניה

משרד הפנים

ירושלים

ג.א.ג.

הנדון: התנגדות לתוכנית מתאר מחוזית מחוז ירושלים תמ"מ 1 שינוי מס' 30

המתנגדים:

1. תפאקגי חליל
2. הייאם מחמוד עליאן
3. עבד מחמד סלאימה
4. האני אחמד עיסאווי
5. ראיד דיזדאר
6. סאמה פאיז עוודה
7. אומיה חמאש
8. פדוא ח'דר
9. חסיב גאלב נשאשיבי
10. עאדל מוסלמאני
11. מוחמד אבו חמדה
12. דראר מוחסן
13. הישאם שומאן
14. השאם טייא
15. סלימאן מוסטפא
16. מהא אלקרד
17. דינא נאסר
18. עלאא עבאס
19. עבד אלרחים ברבר
20. מוחמד אבו סוואי
21. מחמד אבראהים עוודה

P.O. Box 8921 Haifa 31090 Israel Tel: (972)-4-950-1610 Fax: (972)-4-950-3140

حيفا 31090، ص.ب 8921 هاتف 04-9501610 فاكس 04-9503140
חיפה 31090, ת.ד. 8921 טלפון 04-9501610 פקס 04-9503140

Email: adalah@adalah.org

<http://www.adalah.org>

22. מרואן מחמד שעבאן
23. מוחמד מוסא עודה
24. נביל יונס יאסין
25. רבחי נירוך
26. האיל ראשד סנצוקה
27. זהרה אלחאלדי
28. עמאד גאעוני
29. סמיר מוחמד עמרו
30. עמאד עטאללה
31. יואסר מחמד גוס
32. עלאא מחמד זורבה
33. אשרף לדאווייה
34. עזאם תופיק אבו אלסעוד
35. מחמוד גידה
36. תיודוסיוס חנא
37. הודא אלמאם
38. עבד אלרחמאן אבו טיר
39. אבו עסלה חסן
40. אחמד סרור
41. סלימאן שקיראת
42. ראיד בשיר
43. רסמי עבידאת
44. סמי זחאיקה
45. עבד אלראזק עמורי
46. האני עבד אלסלאם עוודאללה
47. חסן אבו חדיר
48. עמאד אבו חדיר
49. מוחמד אבו נייע
50. מחי אלדין עוודאללה
51. מחמוד משני
52. רבחי עבד אלעאל
53. מנואל עבד אלעלא
54. עדנאן שלאודה
55. סמיח עוודאללה

56. מוסטפא אבו זהרה
57. איתיחאד ליג'אן אלעמל אלסחי
58. מרכז הייעוץ הערבי לחינוך
59. Early childhood resource center
60. בית השלום למען העיוור
61. מרכז אלקודס לזכויות סוציאליות וכלכליות
62. עמותת נשים נוצריות צעירות
63. המועצה הכפרית שועפאט
64. Shufat Charitable Society
65. עמותת אלמעארף אלמחליה
66. אגודת סנט איב
67. ועדת פיתוח אלעיסווייה
68. מרכז אלסראיא לכידמת אלמוגתמאע
69. al sadiq al taieb assoc
70. ג'מעית אלמועלמים אלמותקאעדים אלמקדסיין
71. נור אלעין
72. ג'מעייית סלואן אלחי'יריה
73. סווא כל הנשים ביחד היום ומחר

מבוא

1. תוכנית מתאר מחוזית – מחוז ירושלים, תמ"מ 1 שינוי מס' 30 (להלן: "התוכנית") תגרום לביתורן של השכונות הפלסטיניות בירושלים ותנתק אותן אחת מהשנייה ותפגע בזכויותיהם החוקתיות של תושבי השכונות הפלסטיניות. כך, ייעודם של שטחים גדולים לכבישים ולמסילת ברזל יביא להפקעת שטחים מאסיבית מידי האוכלוסייה הפלסטינית, יפגע במעט עתודות הקרקע שנתרו באותן שכונות לצורכי פיתוח עתידיים ויצמצם עד מאוד את השטחים הפוטנציאליים למגורים ולייעודי פיתוח נוספים.
2. המתנגדים יבקשו לקדם שלושה טיעונים: התוכנית מנוגדת לעקרונות המשפט המינהלי בכך שהיא, בין היתר, לא נשענת על תשתית עובדתית ראויה ואיננה נותנת משקל כלשהו לאינטרסים הלגיטימיים של התושבים הפלסטינים; שנית, התוכנית מנוגדת למשפט הבינלאומי בשני מישורים:

המישור הראשון מתייחס לחובותיה של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי במזרח ירושלים. בהקשר זה יצוין, כי לאחרונה נקבע בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק שדנה בסוגיית חומת ההפרדה, כי המשפט הבינלאומי הומניטרי מחייב את מדינת ישראל בשטחים הכבושים לרבות מזרח ירושלים ובפסק דין **מראעבה** לא שלל בג"ץ את העקרונות של חוות דעת מייעצת זו. המישור השני מתייחס לתחולת המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם לפי האמנות הבינלאומיות שמדינת ישראל צד להן ואשר בג"ץ קבע כי חובה על המדינה ליתן להן משקל הן בשטחים הכבושים והן בתוך הקו הירוק. שלישית, המתנגדים יטענו כי התוכנית מנוגדת גם למשפט החוקתי הישראלי בכך שהיא פוגעת בזכויות היסוד: הקניין, השוויון והכבוד. פגיעה זו כפי שיפורט להלן איננה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה בהיותה לא לתכלית ראויה ולא מידתית.

בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 15.9.2005).

3. הפרק הראשון בהתנגדות מנתח את מסמכי התוכנית והשפעותיה על האוכלוסייה הפלסטינית באזור. בפרק השני נטען להפרות התוכנית לדין הישראלי והפרק השלישי יעסוק בהפרות למשפט הבינלאומי.

המתנגדים

4. המתנגדים מס' 1-5 הנם תושבי ירושלים המזרחית המתגוררים באזורי עיסויה וואדי אלג'וז.
5. המתנגדים מס' 6-18 הנם תושבי ירושלים המזרחית המתגוררים באזור בית חנינא.
6. המתנגדים מס' 19-24 הנם תושבי ירושלים המזרחית המתגוררים באזורי סלואן וראס אלעמוד.
7. המתנגדים מס' 25-37 הנם תושבי ירושלים המזרחית המתגוררים באזור העיר העתיקה. המתנגד מס' 36 הנו ראש הפטריארכיה האורתודוקסית בירושלים.
8. המתנגדים מס' 38-44 הנם תושבי ירושלים המזרחית המתגוררים באזורי ג'בל אלמוכבר וסור באהר. המתנגדים מס' 40-43 הם חברים בועד שכונת ג'בל מוכבר.
9. המתנגדים מס' 45-56 הנם תושבי ירושלים המזרחית המתגוררים באזור שועפאט. המתנגד מס' 45 הנו מוכתאר שועפאט.
10. המתנגדים מס' 57-73 הנם עמותות וארגוני זכויות אדם ושינוי חברתי הפועלים באזור ירושלים המזרחית ובשכונותיה השונות.

א. ניתוח התוכנית והשפעתה על האוכלוסייה הפלסטינית בירושלים המזרחית ובאזורים הסמוכים:

מערכת תחבורה לחיזוק ההתנחלויות באזור הגדה המערבית:

11. תוכנית מתאר מחוזית – מחוז ירושלים, תמ"מ 1 שינוי מס' 30 (להלן: "התוכנית"), מציעה מערכת תחבורה וכבישים אשר מתעלמת מהאינטרסים הלגיטימיים של הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית. במקביל, התכלית והיעד העיקריים שהיו מול עיני המתכננים הם האינטרסים הפוליטיים בדבר הרחבת וחיזוק ההתנחלויות.

12. מערכת תחבורה זו אשר תימצא כולה על שטחים פלסטינים כבושים, איננה אמורה לשרת את האוכלוסייה הפלסטינית ותשרת את האוכלוסייה הישראלית היהודית כמעט באופן בלעדי, תגרום לביתור השכונות הפלסטיניות ותמנע את פיתוחן העתידי.

13. כפי שיפורט להלן, תשתיות אלה ישמשו בעיקר את האוכלוסייה הישראלית תוך כדי הפקעה מאסיבית של קרקעות מהאוכלוסייה הפלסטינית בשטחים כבושים. התוצאה המעשית המרחבית של ביצוען של אותן תשתיות היא הריסתם של מספר רב של בתים; הגבלה ואפילו בלימה של פיתוח הטבעי העתידי של השכונות הפלסטיניות בירושלים המזרחית; וניתוקן של השכונות הפלסטיניות אחת מהשנייה והפיכתן לאיים מנותקים ומצומצמים.

14. מערכת הדרכים הראשיות והמהירות וכן מסילות הברזל הכלולות בתוכנית זו נועדו להקל על פיתוח האזור לצורכי התנחלויות. דהיינו, מערכת תחבורה זו תחבר את אזור EI עם גוש עציון, עם גוש מעלה אדומים ועם גוש גבעת זאב וכן תחבר את כל אלה זה עם זה ועם מרכז העיר ירושלים.

15. כך למשל, מניתוח תוואי כביש הטבעת המזרחית (אשר כמפורט בתוכנית מתאר מקומית מס' 1/4585 מתוכנן לעבור לאורך השכונות הפלסטיניות אל-עיסאווייה, אל-זעים, אל-טור, אל-עזירייה, ראס אל-עאמוד, ג'בל אל-מוכבר, אל-סואחרה אל-עירבייה, אבו דיס, אל-שיח' סעד, וצור באהר), אשר מהווה גם חלק מהתוכנית נשוא התנגדות זו, עולה כי הלכה למעשה הוא ישמש ככביש לשימוש ישראלים בלבד ויקשה מאוד על האוכלוסייה הפלסטינית באזור להשתמש בו. במילים אחרות, הכביש מתוכנן ככביש המדיר על רקע לאום, שמטרתו חיזוק ופיתוח ההתנחלויות באזור ירושלים המזרחית והגדה המערבית וחיבורן הישיר והקל לירושלים. במקביל, הכביש יחליש את השכונות הערביות במזרח ירושלים; ינתק אותן שכונות ויגביל את התפתחותן על ידי כבישים ורצועות. בהקשר הזה יצויין, כי הצעת התוכנית הרעיונית להקמת כביש מקביל לכביש הטבעת המזרחי ולדרכים הראשיות המובילות אליו, מחזקות עוד יותר מסקנה זו.

16. יצויין בנוסף, כי התנגדויות לתוכנית מתאר מקומית מס' 1/4585, כביש טבעת המזרחית קטע מרכזי אשר הוגשו במרץ 2008, עודן תלויות ועומדות בפני הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז ירושלים.

17. כמו כן, מסילת הברזל, המוצעת כתוואי רעיוני, ממוקמת מערבית לכביש הטבעת וחוצה גם היא את המרקמים המרחביים והחברתיים הטבעיים של אותן שכונות פלסטיניות. היא מחברת את ההתנחלויות הנ"ל מדרום לצפון, ומשתרעת על אלפי דונמים כאשר לא ממוקמת בה כל תחנת הורדה והסעה אשר תשמש את האוכלוסייה הפלסטינית וזאת למרות שהיא עוברת בלבן של השכונות הפלסטיניות באזור, כגון אל-ראם, מוחיים שועפאט, אל-עיסאווייה, אל-טור, ראס אל-עאמוד, ג'בל אל-מוכבר, צור באהר וח'לת אל-נועמאן. היא מתעלמת מהשכונות הפלסטיניות, כאילו אלה אינן קיימות כלל בשטח.

ראו צילום האוויר המצורף כמפה מס' 1.

18. ייעודם של שטחים גדולים לכבישים ולמסילת ברזל יביא להפקעת שטחים אלה מידי האוכלוסייה הפלסטינית, יפגע במעט עתודות הקרקע שנתרו באותן שכונות לצורכי פיתוח עתידיים ויצמצם עד מאוד את השטחים הפוטנציאליים למגורים ולייעודי פיתוח נוספים כגון פיתוח כלכלי וחברתי.

19. גודל האוכלוסייה הפלסטינית בירושלים, מגיע היום ל- 271.5 אלף נפש¹ וצפי אוכלוסייה זו לשנת 2020, על בסיס הריבוי הטבעי, יכול להגיע לכ- 394 אלף נפשות. הגבלת פיתוחן של השכונות הפלסטיניות דרך מערכת התחבורה המוצעת וכן דרך פיתוח וחיזוק ההתנחלויות באזור יביא למצב בלתי הפיך לפיו לרוב האוכלוסייה הפלסטינית באזור לא יהיו פתרונות דיור ופיתוח כלל וכלל.

20. מערכת התחבורה המוצעת, אשר מתווספת היא לגדר ההפרדה באזור, תהווה גבולות פיסיים המקשים ומנתקים את השכונות הפלסטיניות אחת מהשנייה ותהפוך אותן לאיים מנותקים גאוגרפית, כלכלית ותחבורתית אף מהסביבה המיידית שלהם, שלא לדבר על חסימת כל אפשרות לפיתוח עתידי של אותן שכונות ועל הערמת הקשיים לנגישות לשירותים ציבוריים המרוחקים ולו במעט משכונות אלה. בנוסף ניתוק וביתור השכונות יקשה מאוד על המשך ניהול קשרים חברתיים, משפחתיים ושכונתיים, בנוסף לקשרים הכלכליים הקיימים כיום בין השכונות.

21. במילים אחרות, נספח התחבורה של התוכנית מתייחס לאזור מזרח ירושלים כאל מרחב ריק שאין בו כלל אוכלוסייה. עורכי התוכנית מתעלמים מקיומם של מספר רב של בתים סמוך או בתוואי של אותה מערכת תחבורה, ומותחים תשתיות כאוות נפשם, מבלי ליתן משקל כלשהו לאינטרסים התכנוניים הלגיטימיים של תושבי השכונות הפלסטיניות הקיימות. דבר זה, יביא להריסת מספר רב של בתים וגירוש דייריהם ובמקרה הטוב יפגע קשות באיכות חיי תושבים אלה כתוצאה ממפגעי הרעש וזיהום האוויר.

22. כך למשל, הוראות סעיף 8.5 להוראות התוכנית בדבר קווי בניין עתידות להגביל באופן קשה ביותר את פיתוחן העתידי של השכונות הפלסטיניות, שכן הן קובעות כי:

"על דרכים ארציות ומחלפים בתכנית זו יחול הקבוע בתכנית המתאר הארצית לדרכים תמ"א 3 [...] על המסילות המסומנות בתכנית זו יחול הקבוע בהוראות תכנית המתאר הארצית למסילות ברזל – תמ"א 23".

¹ עיבוד נתוני השנתון הסטטיסטי לישראל 2007, מס' 58, לוח מס' 215.

יצוין, כי לפי הוראות תמ"א 3 קו הבניין לדרך ראשית נקבע 100 מטר, ולדרך פרברית מהירת 100 מטר, ולפי הוראות תמ"א 23, קו הבניין נע בין 60-150 מטר בהתאם למספר המסילות. בנוסף לכך, חצייתן של אותן שכונות על ידי אותם תשתיות, יסכנו את הבטיחות האישית של תושבי השכונות, ויגרמו לזיהומי אוויר ולמטרדי רעש. דברים אלו יפגעו באיכות החיים של הפלסטינים תושבי ירושלים, זכותם לפיתוח הולם, לדיור ולקניין.

מגבלות על פיתוחם של האזורים הפלסטינים:

23. המתנגדים יטענו, כי התוכנית מציבה מגבלות ואילוצים אשר יש בכוחם למנוע כל פיתוח של השכונות הערביות בשטחיה.

24. כך למשל, סעיף 6.1.3. להוראות התוכנית קובע:

"הוועדה המחוזית, בבואה לדון בתכנית הכוללת הקמה או הרחבה ניכרת של אזור מגורים בעיר ירושלים, תשקול, בין שאר השיקולים, את היצע המגורים הקיים והמתוכנן בעיר ירושלים למגוון קבוצות האוכלוסייה."

משמעותו של סעיף זה הינו ביטול אפיוני האוכלוסייה בשכונות הפלסטיניות אשר סופחו לעיר ובבסיסו עומדת ההנחה המוטעית לפיה כלל היצע המגורים בשכונות הפלסטיניות אשר סופחו לעיר הינו נגיש לכלל האוכלוסייה הפלסטינית ללא כל מגבלות אשר נובעות מבעלויות על הקרקע, מגבלות כלכליות וכן מגבלות חברתיות ותרבותיות אשר מונעות ניידות מגורים חופשית בין השכונות השונות.

25. בנוסף, סעיף 8.1.3 (1) להוראות התוכנית קובע:

"לא תאושר תכנית מקומית, אלא אם תכלול התניית מתן היתרי הבניה בקיומם של תכנית ביוב מאושרת כדין ותכניות מפורטות לפתרון ביוב, שאושרו ע"י משרד הבריאות והמשרד להגנת הסביבה, וכן קביעת שלבי ביצוע שיבטיחו את השלמת פתרון הביוב עד לגמר הבנייה."

אולם, כידוע, בחלקן הגדול של השכונות הפלסטיניות של ירושלים לא קיימות מערכות ביוב. לפי נתוני הלשכה המרכזית הפלסטינית לסטטיסטיקה, מערכות ביוב קיימות רק בתשע שכונות/כפרים מתוך 31 שכונות/כפרים של מזרח ירושלים.² לכן, תנאי זה שנקבע בסעיף 8.1.3 (1) הנ"ל מונע, הלכה למעשה, את פיתוחן של רוב השכונות הפלסטיניות, ועוד, סעיף זה מחמיר את אפשרות הסדרת עניין מתן היתרי בנייה, נושא שכידוע מהכאובים על האוכלוסייה הפלסטינית מחמת הקשיים המוערמים על נושא זה.

26. בנוסף לאמור לעיל, סעיף 8.1.5 (3) להוראות התוכנית קובע:

² הלשכה המרכזית הפלסטינית לסטטיסטיקה, הספר הסטטיסטי השנתי של ירושלים, מס' 9, עמ' 128.

"לא תאושר תכנית הנמצאת ברדיוס מגן של קידוחי מים, אלא לאחר קבלת אישור משרד הבריאות".

משמעותו של סעיף זה, הינו הגבלת הפיתוח וההתרחבות של השכונות הפלסטיניות מסביב לשני אתרי קידוח המים המצויים בשטחה. לדבר חומרה מיוחדת לאור העובדה שסעיף זה אינו מגדיר את אורכו של רדיוס המגן.

27. יתירה מכך, התוכנית קובעת את שטח העיר העתיקה וסביבותיה, וקובעת את הצורך לשימור אופיו של האזור. בנוסף לכך, בסעיף 6.2.2 (2) להוראות התוכנית, נקבע ש"הבינוי והפיתוח בתחום העיר העתיקה יהיו בהתאם לתכנית מקומית שתכלול בין היתר הוראות בדבר שימור ושיקום". היות ו"סביבותיה" של העיר העתיקה תוחמו בתוכנית באופן רחב ביותר, כך שיכללו לא רק את העיר העתיקה שמעבר לחומה של העיר, אלא גם שכונות פלסטיניות סמוכות או קרובות, אזי התניית הפיתוח באזורים אלה בשימור ושיקום הנו בלתי רלוונטי ויתפקד כמגבלה בלתי מוצדקת לפיתוח.

28. בנוסף, התוכנית מייעדת שטח גדול הסמוך לשכונות הפלסטיניות ג'בל אל-מכבר ואל-ת'ורי, כ"שמורת טבע" שעליו חלים הוראות תכנית המתאר הארצית לגנים לאומיים, שמורות טבע ושמורות נוף – תמ"א 8³. משמעו של יעוד זה הוא, הגבלת פיתוחן של שכונות פלסטיניות אלו לאזור זה.

29. בפרק 9 להוראותיה, מתייחסת התוכנית ל"שטחים ביטחוניים", שאינם מסומנים בתשריטה השונים. על פי פרק זה, הפקדות של תוכניות, מתן היתרים וביצוע עבודות בשטח המוגדר כבטחוני הינה אסורה, אלא אחרי התייעצות עם נציג שר הביטחון, או אישור בכתב של נציג שר הביטחון.

30. ועוד, סעיף 9 ח להוראות התוכנית קובע ש"לא תופקד תוכנית בתחום רצועת 120 מ' ממכשול קו התפר [...] אלא אם התקבל אישור בכתב מנציג שר הביטחון בוועדה המחוזית." קביעות אלו יש בהם עוד גורם המגביל את הבנייה והפיתוח במזרח ירושלים.

31. המתנגדים יטענו, כי בניית מערכת תחבורה לחיזוק וחיבור ההתנחלויות אל מרכז העיר ירושלים, והטלת מגבלות חמורות ביותר על פיתוח האוכלוסייה הפלסטינית בשטחה מביא בהכרח למסקנה, כי מטרת התוכנית היא פוליטית וכי היא נועדה להבטחת שליטה ישראלית מלאה ותמידית על שטחים כבושים לשימוש האוכלוסייה הישראלית וכן להבטחת רוב יהודי, בעתיד הרחוק באזור העיר ירושלים. ואכן, בעמ' 8 ל"המלצות לחיזוקה ופיתוחה של העיר ירושלים" נקבע, בין היתר, כי:

"יעד האוכלוסייה שנקבע לשנת 2020 מחייב שמירה על הרוב היהודי [...]"

³ ראו: סעיף 6.13.2 (1) מהוראות התוכנית, עמ' 14.

פגיעה במשאבי טבע וחקלאות:

32. המתנגדים יטענו, כי התוכנית, אינה פועלת רק לשינוי האופי המרחבי והדמוגרפי של ירושלים, אלא היא תביא גם לפגיעה קשה במשאבי הטבע בשטחים הכבושים הכלולים בה.
33. תשתיות התחבורה המוצעים בתוכנית דנו, כבישים ומסילות ברזל, ישתרעו על שטחים גדולים הגורעים ממשאבי הטבע והקרקע החקלאית הקיימת, שמהווה חלק מהנוף הטבעי באזור וחלק מכלכלתו. כך, מימוש ייעוד זה של תשתיות, יביא לחיסולם של מאות דונמים של קרקע חקלאית ומטעי זית בני מאות שנים. דבר זה, יפגע במשאבי הטבע, בנוף החלקאי והטבעי של אזור זה וכן בפרנסתם של בעלי הקרקעות.
34. בנוסף לכך, התוכנית קובעת שני אתרים של קידוח מים במזרח ירושלים. משמעות הדבר, בהסתמך על המדיניות הקיימת, הינה אי שימוש או שימוש מינימלי של האוכלוסייה הפלסטינית במקורות אלו והעברת אותם משאבי מים לשימושם של אזרחי מדינת ישראל.
35. ועוד, התוכנית תפגע בזכותם של התושבים הפלסטינים לשמירה על מקומותיהם ההיסטוריים, התרבותיים והלאומיים, ולשמירה על המרקם החברתי והכלכלי הקיים היום.

ב. הפרות הדין הישראלי

36. המתנגדים יטענו, כי על פי ההלכה הפסוקה, חלים על פעולות ישראל בשטח התוכנית, כשטח כבוש, גם כללי המשפט המינהלי הישראלי וכן המשפט החוקתי, ובראשם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשנים האחרונות השתמש ביהמ"ש העליון בחוק היסוד, בלשונו, ברוחו ובניתוח החוקתי על פיו בבואו לדון בזכויות האדם של תושבי השטחים הכבושים. כפי שקבעה השופטת ביניש בעניין **מוראד**:

"כאמור, זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקנין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקנין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי (ראו: בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם פורסם), פסקה 8 והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: פסק דין אבו דאהר)). לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקנינם. בענייננו, אין מחלוקת כי מדובר באדמות חקלאיות ובגידולים חקלאיים שלעותרים יש זיקה קניינית אליהם. משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קנינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקנינם וביכולתם ליהנות ממנו."

בג"ץ 9593/04 מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (פס"ד מיום 26.6.06) פסקה 14.

37. בדומה קבעה השופטת פרוקצ'יה בעניין **הס** :

"במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימים. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסיה המתגוררת במקום – יהודים וערבים כאחד. בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין. על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות אדם...

חופש הדת והפולחן נתון כזכות חוקתית לאוכלוסיה המתגוררת באזור – יהודים וערבים כאחד. הוא מוחזק כזכות חוקתית בעלת מעמד על אשר יש להגשימה ככל הניתן בתנאים שהמציאות בשטח מאפשרת תוך הגנה על שלום המתפללים ועל ביטחון חייהם...

זכות הקניין הפרטי בקרקעות ובמבנים נושא צו התפיסה הינה זכות חוקתית מוגנת. היא מוכרת במשפט הבינלאומי, ובכלל זה באמנת האג [40] ובאמנת ג'נבה. היא זכתה למעמד חוקתי בישראל בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל [30], בעמ' 712, 716; ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן [31], בעמ' 641). זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה (פרשת גוסין [1], בעמ' 610). לזכות הקניין מתלווה משקל-יתר מקום שמדובר בבית מגורים של אדם (רע"א 214/88 טוויל נ' דויטש [32], בעמ' 754)".

בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח (3) 443, 461, 462, 464.

38. גם כבוד השופטת ביניש, כתוארה אז, פסקה באופן דומה :

זכות הקניין נמנית אף היא עם זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה כזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית-משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל [30], בעמ' 14-15; דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר [31], בעמ' 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג [35] ובאמנת ג'נבה הרביעית. עם זאת זכות הקניין אינה זכות מוחלטת, ועשויה היא לסגת מפני אינטרסים ציבוריים וזכויות יסוד אחרות (ראו למשל פרשת הס [3], בעמ' 464; פרשת עג'ורי [7], בעמ' 365).

בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מ"י**, פ"ד נט (4) 736, 765-766.

39. רלבנטיים במיוחד לענייננו דבריה של השופטת דורנר, שהתייחסו לפעולתה של רשות בישראל ביחס לפלסטינים מהשטחים:

"כללי המשפט המינהלי מחייבים את רשויות המדינה בכל פעולותיהן השלטוניות הן כלפי ישראלים הן כלפי זרים. זהו הדין כאשר הרשות – לרבות מפקד צבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית – פועלת מחוץ לתחומי ישראל. ראו למשל בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוונייה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון [1], בעמ' 792-793, שם נקבע כי הפעלת סמכות של מפקד צבאי של אזור הנתון לתפיסה לוחמתית כלפי האוכלוסייה המקומית חייבת לקיים את "...עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שענינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור". ראו גם בג"ץ 591/88 טאהה, קטין נ' שר הביטחון [2], בעמ' 51-52. זהו גם הדין, בבחינת קל וחומר, כאשר רשות ישראלית מפעילה את סמכויותיה, בין כלפי ישראלים ובין כלפי זרים, בתחומי המדינה.

אכן, בהפעלת שיקול-דעתה הרשות רשאית להתחשב במקרים מסוימים בהיותו של האדם שהסמכות מופעלת כלפיו זר, שאינו אזרח של המדינה או תושב שלה. כך למשל חוק-יסוד: חופש העיסוק מקנה את חופש העיסוק רק לאזרחי המדינה או תושביה. עם זאת במקרים אחרים שיקול זה אינו רלוונטי, או שהרלוונטיות שלו מוגבלת. כך, מרבית הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתונות לכל אדם."

בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70, 75.

המשפט המינהלי - העדר תשתית עובדתית :

40. המתנגדים יטענו, כי קבלת ההחלטה להפקיד את התוכנית הנדונה נעשתה בניגוד מוחלט לכללי המינהל התקין ובניגוד לעקרונות הבסיסים של המשפט המינהלי. על אף שהתוכנית תביא להפקעת שטחים נרחבים מהאוכלוסייה הפלסטינית ועל אף השפעותיה הרבות על המרחב הפלסטיני ועל חיי היומיום של האוכלוסייה הפלסטינית בייחוד באזור ירושלים המזרחית, נראה, כי ועדות התכנון לא עשו בדיקה עניינית המתבססת על תשתית עובדתית ראויה עובר לקבלת ההחלטה להפקיד את התוכנית.

41. התוכנית מתייחסת ומשפיעה על שטחים נרחבים בהם מתגוררת אוכלוסייה פלסטינית. יחד עם זאת, ועדות התכנון ו/או המתכננים לא ראו לנכון לבדוק איך התוכנית תשפיע על השכונות הקיימות, על נידות האוכלוסייה הפלסטינית באזור, על הצורך בפיתוח אותן שכונות בעתיד, על השפעת ניתוק השכונות אחת מהשנייה, על השלכת ההפקעות הנרחבות באזור על בעלי הקרקעות וכד'.

42. המחדל של ועדות התכנון האחראיות על התוכנית הנדונה והמתייחס לאי בדיקה עניינית למסכת העובדתית שביסוד התוכנית, הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בתוכנית בעלת השלכות הרות אסון על האוכלוסייה הפלסטינית באזור.

43. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מנהלית שהתקבלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, בגלל שדעת הרשות נחושה להשיג תוצאה מסוימת ללא תשתית עובדתית ראויה, הינה החלטה שרירותית שדינה פסלות. בעניין **ברגר** נקבע, כי:

”ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית [...] תהליך קבלת ההחלטה על ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה) בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף סיכום ההחלטה המנומקת.”

בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר המשפטים**, פ"ד לז (3) 29, 48, 49.

ראו לעניין זה גם:

בג"ץ 3648/97 **סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח'**, פ"ד נג (2) 728;

בג"ץ 987/94 **ירונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח (5) 412, 423.

44. הנה כי כן, החלטת ועדות התכנון להפקדת התוכנית הינה שרירותית ביותר, מאחר ואינה נשענה על תשתית עובדתית ראויה, ממצאים ונתונים רלבנטיים המצדיקים את השלכות התוכנית הנדונה, אשר למעשה וכאמור, הופכת את השכונות הפלסטיניות הסמוכות אליה לקנטונים סגורים ללא כל אפשרות פיתוח עתידי, עם ניידות מוגבלת מאוד ותוך כדי הפקעות קרקע נרחבות מתושבי אותן שכונות.

המשפט החוקתי: התוכנית פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות:

45. המתנגדים יטענו, וכפי שפורט לעיל, כי התוכנית פוגעת קשות בזכותם של התושבים הפלסטינים באזור התוכנית לקניין על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד") ולכבוד על פי סעיף 2 לחוק היסוד ואשר מעגנת בתוכה את הזכות החוקתית לשוויון אשר מחייבת את הרשויות ליתן משקל שווה לזכותה של האוכלוסייה הפלסטינית לפיתוח.

הפגיעה בזכות הקניין:

46. תשתיות התחבורה המוצעות תבאנה להפקעה מאסיבית של קרקעות פלסטיניות בשטחי התוכנית. יתירה מכך, התוכנית תמנע מתושבי הכפרים והשכונות הפלסטינים מלהגיע אל אדמותיהם היות ומערכת התחבורה המתוכננת תחסום את הגישה אליהן, דבר שמהווה גם הוא פגיעה חמורה ביותר בזכות הקניין של התושבים וביכולתם ליהנות מהקרקעות שבבעלותם.

47. כפי שפורט לעיל, תוכנית המתאר הנדונה שוללת מהשכונות הפלסטיניות באזור, את משאבי הקרקע החיוניים לפיתוחם האורבני והכלכלי. התוכנית תביא להפקעה של שטחים נרחבים מידי הציבור הפלסטיני ופעולה זו נעשית תוך העדפה מוחלטת של האינטרסים של ההתנחלויות היהודיות ותושביהן.

48. בנוסף, הניתוק בין תושבי השכונות הערביות ואדמותיהם החקלאיות לו גורם מערך התחבורה המתוכנן באזור פוגע אף הוא בזכותם של התושבים הפלסטינים לקניין, כמו גם לפרנסה ולקיום בכבוד.

49. בפסיקה הרבה בנושא גדר ההפרדה המוקמת בגדה המערבית, הכיר בית המשפט העליון בהיות זכות הגישה לקרקעות חקלאיות של האוכלוסייה הפלסטינית חלק מזכותם לחופש התנועה וחלק אינטגרלי מזכות היסוד החוקתית לקניין. על כך עמד בית המשפט העליון בעניין **מוראר** כדלקמן:

"חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות השייכות להם. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה.

כאמור, זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקניין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). [...] משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו."

בג"ץ 9593/04 **מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (טרם פורסם), עמ' 14.

הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון:

50. המתנגדים יטענו, כי כלל המגבלות והפרות זכויות היסוד של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הכבושים הכלולים בתוכנית, כפי שאלה פורטו לעיל, מהווים הפרה בוטה ביותר לזכות לשוויון בזכות חוקתית.

51. המתנגדים יוסיפו לעניין זה, כי בית המשפט העליון, החיל באופן מפורש את עקרונות השוויון ואיסור האפליה בשטחים הכבושים באשר לפעולותיה של מדינת ישראל באזור. על כך עמד בית המשפט העליון בעניין **מורכוס** כלהלן:

"אכן, המפקד הצבאי צריך לנהוג שוויון באזור. אסור לו להפלות בין תושבים לתושבים. משהגיע המפקד הצבאי למסקנה, כי יש לחלק ערכות מגן לתושבי היהודים של האזור, מן הראוי הוא שיחולקו ערכות מגן גם לתושבי הערבים. [...] חובתו של המפקד הצבאי לנהוג שוויון בין כל תושבי האזור אינה פגה כשהמתח הביטחוני עולה. זו חובה נמשכת, המוטלת כל העת."

בג"ץ 91 / 168 **מילאדי מורכוס נ' שר הביטחון**, פס"ד מה (1) 467, עמוד 471-470

52. ובעניין אחר עמד השופט מישאל חשין על ההבחנה בין הפליה על רקע קבוצתי לבין הפליה מסוג אחר:

"ואולם עיקר הוא לא בהפליה בתורת שכזו אלא בסוג ההפליה ובעוצמתה של ההפליה, ולעניין זה קבע בית המשפט כי לא הרי הפליה כהרי הפליה: לא הרי הפליה בהקצבת מענקים כהרי הפליה מחמת גזע ולא הרי הפליה מחמת מין כהרי הפליה בהענקת רשיונות. הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין היא מן הקשות שבהפלות [...] ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך, טמונה כמובן השפלה עמוקה לקורבן ההפליה."

בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, תק-על 2002 (3) 1867, 1874-1875.

53. לאור האמור לעיל ברור, כי העדר האפשרות לפיתוח עתידי של השכונות הפלסטיניות באזור, ביתור וניתוק השכונות הפלסטיניות והקשיים המוטלים על פיתוחה של האוכלוסייה הפלסטינית הן כלכלית, הן חברתית והן למגורים, כל אלה מהווים אפליה על רקע לאום המגיעה לדרגה של פגיעה בכבוד האדם.

54. המתנגדים יטענו עוד, כי התוכנית נשוא התנגדות זו פוגעת בזכותם, כמו גם בזכות כלל האוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת באזור ירושלים המזרחית לכבוד זאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעה בשוויון על בסיס קבוצתי מהווה בהכרח פגיעה בזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפרה זו של הזכות לשוויון כרוכה בהשפלה, וממילא פגיעה בכבודם של תושבי האזור הפלסטינים בתור שכאלה.

55. יתירה מכך, מדיניותה של התוכנית לנתק את השכונות הערביות במזרח העיר ירושלים ולהכפיף את התשתיות באזור לכללי הפרדה גזעית, מנוגדת היא באופן מפורש להתחייבויות מדינת ישראל על פי האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית ואשר חלה גם על שטחים כבושים בשליטתה של מדינת ישראל. בישיבתה ממרץ 2007, העלתה הוועדה לביעור האפליה הגזעית באומות המאוחדות נושא זה וקבעה בין היתר:

32. The Committee reiterates its concern at the position of the State party to the effect that the Convention does not apply in the Occupied Palestinian Territories and the Golan Heights. Such a position cannot be sustained under the letter and spirit of the Convention, or under international law, as also affirmed by the International Court of Justice. The Committee is concerned at the State party's assertion that it can legitimately distinguish between Israelis and Palestinians in the Occupied Palestinian Territories on the basis of citizenship. It reiterates that the Israeli settlements are illegal under international law.

The Committee recommends that the State party review its approach and interpret its obligations under the Convention in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context, and in the light of its object and purpose. The Committee also recommends that the State party ensures that Palestinians enjoy full rights under the Convention without discrimination based on citizenship and national origin.

(ההדגשה במקור)

56. ועוד, הפגיעה בעקרונות השוויון על ידי הטלת מגבלות על פיתוחה של האוכלוסייה הפלסטינית באזור התוכנית מהווה גם פגיעה קשה בזכות תושבים אלה להתפתח. אפשר כאמור לגזור זכות זו גם מזכויות יסוד אחרות, כגון הזכות לכבוד והזכות לשוויון ואיסור הפליה, שנחשבות זכויות חוקתיות, ואפשר גם לראות בה זכות עצמאית העומדת בפני עצמה.

57. ואכן, הזכות להתפתח הוכרה במשפט הבינלאומי באמצעות ההכרה בדבר הזכות להתפתח שקובעת בסעיף 1:

The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized.

פיסקת ההגבלה: תכלית לא ראויה

58. המתנגדים יטענו, כי תכליתה של התוכנית הנדונה אינה ראויה. הלכה פסוקה היא, כי תכלית ראויה לכל פעולה מינהלית היא זו שנותנת משקל לזכויות האדם ולא מתירה פגיעה לא מוצדקת בהן, כפי שציין בעניין זה הנשיא ברק בעניין **המועצה האזורית חוף עזה** :

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

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

59. עניין לנו בפגיעה כה חמורה וכה גורפת בזכויותיהם הבסיסיות והחוקתיות של תושבי השכונות הפלסטיניות שאין כל תכלית ראויה לפגיעה כה מוחלטת בהם. בנוסף, אחד השיקולים העיקריים העומדים מאחורי התוכנית הנדונה, הנו ייחוד המרחב והכפפת כל משאביו לצורך זה, כפי שפורט לעיל. תכלית זו בהחלט איננה יכולה להיות ראויה, שכן לא זו בלבד שהיא מנוגדת למשפט החוקתי והמינהלי, אלא היא אף מנוגדת למשפט הבינלאומי, כפי שיפורט להלן.

60. המתנגדים יטענו בהקשר זה, כי הפגיעה בקניינם, בכבודם, בזכותם לפרנסה וקיום בכבוד וכן בזכותם לפיתוח נועדה לקדם מדיניות פוליטית. תכלית זו איננה יכולה להיות ראויה, ודאי כאשר עסקינן בפגיעה כה חמורה וכה גורפת בזכויות החוקתיות והבסיסיות ביותר של המתנגדים ושל כלל התושבים הפלסטינים בשכונות ירושלים המזרחית הכבושה.

מבחן המידתיות:

61. המתנגדים יטענו, כי התוכנית איננה מידתית ואיננה עומדת במבחנים אשר נקבעו לכך בפסיקתו של בית המשפט העליון. על פי ההלכה הפסוקה, מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה והם: מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן הצורך, ומבחן האמצעי המידתי.

ראו לעניין זה:

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח' פ"ד נח(5), 807.

62. מטרותיה של התוכנית נקבעו בסעיף 3.1 להוראותיה כלהלן:

"לאפשר את התנאים הדרושים לתפקודו היעיל ולפיתוחו הכלכלי של מחוז ירושלים [...]"

פיתוח איכות חיים גבוהה לתושבי המחוז [...]"

שמירה על מרחבים פתוחים, ערכי נוף [...]"

פיתוח ירושלים כבירת ישראל וכמרחב בעל זיקה לעם היהודי [...]"

63. **מבחן הקשר הרציונאלי:** המתנגדים יטענו, כי אין כל קשר רציונאלי בין מטרות או תכליות אלה של התוכנית לבין ביתורן וניתוקן של השכונות הפלסטיניות באזור וכן הגבלת פיתוחן וחיזוק ההתנחלויות.

64. **מבחן הצורך:** המתנגדים יטענו בנוסף, כי המתכננים בחרו בתוכנית את האמצעים שפגיעתם היא מהחמורות ביותר באוכלוסייה הפלסטינית באזור, כפי שפורט לעיל. בהקשר זה, היה על ועדות התכנון לבחון אופציית פיתוח העיר ירושלים שלא בתחומי השטחים הכבושים ושלא על חשבון האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים אלה. על הרשויות היה להיצמד, במסגרת התוכנית לשטחי ישראל על פי גבולותיה ערב הכיבוש בשנת 1967.

65. **המבחן השלישי,** כאמור, בוחן את התועלת מול הנזק והוא מציב את השאלה: האם מדינה רשאית למען קידום מדיניותה לנקוט באמצעים כאלה? האם הפגיעה בערכים עולה על הנזק או ההיפך? הפגיעה החמורה ביותר בזכויות יסוד חוקתיות של האוכלוסייה הפלסטינית באזור התוכנית ובכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי כאמצעי הינו אקט אכזרי ביותר שמדינה מנועה להשתמש בו על מנת לקדם מדיניות פוליטית כלשהי. על כן, התכנית אף אינה עונה על מבחן המידתיות הצר, הבוחן את התועלת שבפעולת הרשות מול הנזק, כאמור לעיל. האם מדינת ישראל רשאית למען קידום מדיניותה – הרחבת ההתנחלויות בירושלים המזרחית ובגדה המערבית וחיבורן עם מערב ירושלים, שינוי פני השטח והכפפת משאבי הקרקע בשטחים הכבושים לצרכים פוליטיים של הצבת עובדות מוגמרות בשטח - לנקוט בתכנית אשר תנתק את השכונות הפלסטיניות ותהפוך אותן למובלעות, תפגע בזכויות תושביהן החוקתיות הבסיסיות ביותר ותפלה אותם על רקע לאום?

התשובה היא כמובן בשלילה. בהקשר זה יפים הם דברי הנשיא ברק (בדימוס) בעניין חוק האזרחות לפיהם:

" מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה [...] הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט."

בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם), בעמ' 69.

ג. הפרות המשפט הבינלאומי

התוכנית בטלה בהיותה חלה על שטח כבוש:

66. כפי שעולה מניתוח מסמכי התוכנית וכן ממפה מס' 2 המצורפת, תוכנית מתאר מחוז ירושלים, תביא בהכרח להפקעת אדמות פלסטיניות כבושות באזור התוכנית והיא פוגעת בזכויות היסוד של התושבים הפלסטינים באזורים אלה, כשהתכלית העיקרית שלה הינה פוליטית המנוגדת למשפט הבינלאומי שחל על מדינת ישראל ככוח כובש בירושלים המזרחית. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מחייב את ישראל לדאוג לצרכיה החיוניים של האוכלוסייה האזרחית הנמצאת תחת כיבוש, לא לבצע שינויים יסודיים בשטח הכבוש, ולא להפקיע את אדמות התושבים למען מטרות פוליטיות. במקרה דנן, ולכל הדעות ואף לפי מטרות התוכנית ויעדיה, כפי שאלה נקבעו בהוראותיה, הפגיעה בזכויותיה של האוכלוסייה הפלסטינית באזור איננה נעשית לצרכים צבאיים חיוניים ומיידיים המצדיקים, לפי המשפט הבינלאומי, את הפגיעה באורח זמני.

67. כידוע, מיד לאחר המלחמה בשנת 1967, החליטה ממשלת ישראל לספח לישראל כ-70,500 דונם מן השטח הכבוש מצפון, ממזרח ומדרום לירושלים (הידועים כיום כירושלים המזרחית). פעולת הסיפוח, אשר נעשתה באופן חד צדדי, לא שינתה את מעמדה המשפטי של ירושלים המזרחית לפי המשפט הבינלאומי והוא נותר, כפי שהיה ערב הסיפוח, שטח פלסטיני כבוש ותושביו הינם תושבים מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית. ואכן, בית הדין הבינלאומי לצדק, בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) מיום 9.7.2004 בעניין חומת ההפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל (להלן: "חוות הדעת"), מתייחס, בין היתר, למעמדה של ירושלים המזרחית במשפט הבינלאומי. בית הדין הבינלאומי לצדק חזר וקבע באופן חד משמעי, כי מעמדה של ירושלים המזרחית, כמו מעמד הגדה המערבית ורצועת עזה, הוא של שטח כבוש, כלומר מקום שבו הצבא הישראלי שולט באופן ממשי

ואפקטיבי. כך ציין בית הדין הבינלאומי במפורש בפסקה 78, כאשר ההסכמים של שנות התשעים (הסכמי אוסלו) אינם משנים את מהות המעמד של שטח כבוש :

“The territories situated between the Green Line (see paragraph 72 above) and the former eastern boundary of Palestine under the Mandate were occupied by Israel in 1967 during the armed conflict between Israel and Jordan. Under customary international law, these were therefore occupied territories in which Israel had the status of occupying Power. Subsequent events in these territories, as described in paragraphs 75 to 77 above, have done nothing to alter this situation. All these territories (including East Jerusalem) remain occupied territories and Israel has continued to have the status of occupying Power.”

68. יצויין בהקשר זה, כי בג"ץ קבע, כי "חוות-דעת של בית-הדין הבינלאומי מהווה פרשנות של המשפט הבינלאומי, הנעשית על-ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי", ועל כן "יש ליתן לפירוש שנותן בית-הדין למשפט הבינלאומי את מלוא המשקל הראוי." (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 15.9.2005, סעיף 56 לפסק דינו של הנשיא ברק, ור' גם סעיפים 73 ו-74 לפסק הדין).

69. הכלל לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות מהווה את אחד מעקרונות היסוד של המשפט ההומניטארי הבינלאומי :

“The foundation upon which the entire law of occupation is based is the principle of inalienability of sovereignty through the actual or threatened use of force. Effective control by foreign military force can never bring about by itself a valid transfer of sovereignty.” (Eyal Benvenisti The International Law of Occupation (Princeton University Press, 1993) pp. 5-6)

ועוד :

“An occupation, thus, suspends sovereignty insofar as it severs its ordinary link with effective control; but it does not, indeed it cannot, alter sovereignty.” (Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli “Illegal Occupation: Framing the Occupied

Palestinian Terrorism", 23 *Berkeley Journal Of International Law*
551, 574 (2005) (**Ben-Naftali, Gross & Michaeli** :להלן)

70. עיקרון זה נמנה גם על שלושת עקרונות היסוד, אשר מנחים במשולב את דיני הכיבוש : (א) העיקרון לפיו אין השימוש בכוח או הכיבוש מקנים ריבונות ואינם יכולים להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות של שטח מסוים ; (ב) הכוח הכובש מופקד על ניהול החיים האזרחיים והציבוריים בשטח הכבוש ; (ג) כיבוש חייב להיות זמני :

“[A]n occupation that cannot be regarded as temporary defies both the principle of trust and of self-determination. The violation of any one of these [fundamental legal] principles [of the phenomenon of occupation], therefore, unlike the violation of a specific norm that reflects them, renders an occupation illegal per se.” (**Ben-Naftali, Gross & Michaeli**, pp. 554-555)

71. ביטוי לעיקרון היסוד, לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות מצוי גם בסעיף 47 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, אשר קובע, בין היתר, את תחולת האמנה על האוכלוסייה בשטח הכבוש גם אם הוא סופח לכוח הכובש. וכלשון הסעיף :

"Art. 47. Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the Occupying Power, nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory."

72. אשר על כן, על פעולות ישראל בשטח ירושלים המזרחית חלים הן כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (ראו פסקאות 89 ו-101 לחוות הדעת) והן משפט זכויות האדם (ראו פסקאות 106, 111-113 לחוות דעת בית הדין הבינלאומי). כך גם עולה מהחלטה מס' 62/181 של העצרת הכללית של האומות המאוחדות מיום 31.1.2008 לפיה :

"Recalling, in this regard, the International Covenant on Civil and Political Rights See resolution 2200 A (XXI), annex. and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,² and affirming that these human rights instruments must be respected in the

Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, as well as in the occupied Syrian Golan,"⁴

73. עוד יודגש, כי תקנה 43 לתקנות האג מטילה על הכח הכובש החובה לפעול להבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית. על המעצמה הכובשת מוטלת האחריות לחיי התושבים ולאיכות חייהם מכל ההיבטים של חיי אדם בחברה מודרנית. התוכנית הנדונה איננה מקיימת סעיף זה והתוכנית נועדה, כאמור, לפגוע קשות בזכויות האוכלוסייה הפלסטינית בשטחה לקידום מטרות פוליטיות.

ניצול משאבי טבע בשטחים כבושים

74. כמפורט לעיל, תוכנית המתאר הנדונה תביא להרס רב של שטחי קרקע גדולים ביותר לצורך בניית התנחלויות ומערכת תשתיות, כולל דרכים ומסילות ברזל אשר ישמשו בעיקר את תושבי ההתנחלויות וירושלים המערבית וזאת בניגוד לסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית הנ"ל אשר קובע:

Art. 53. Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations.

75. לא זו אף זו, סעיף 147 לאמנה הנ"ל קובע, כי לקיחה נרחבת של הנכסים בשטחים הכבושים (Extensive Appropriation) מהווה הפרה בוטה לאמנת ג'נבה הרביעית.

76. יתירה מכך, תקנה 55 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907⁵ (להלן: תקנות האג) קובעת את הכללים בנוגע לשימוש המותר ברכוש ממשלתי שבשליטת המדינה הכובשת:

The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these

⁴

<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/9a798adbf322aff38525617b006d88d7/1bfd3798c7567b4f852573fe005b8494!OpenDocument>

⁵ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>

properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct.⁶

77. המתנגדים יטענו, כי הכללים הנ"ל מונעים מהמעצמה הכובשת, דהיינו מדינת ישראל על כל מוסדותיה, לשנות את אופיים וטבעם של הנכסים בשטחים כבושים, אלא כשהדבר נעשה מתוך צרכים צבאיים או לטובת האוכלוסייה המקומית, כאמור בתקנה 43 לתקנות האג ובאופן פרופורציונלי. מאחר ותוכנית מתאר מחוז ירושלים המצטרפת בהשפעתה על פני השטח אל החומה בעוטף ירושלים, משנה את אופיין של האדמות עליהן היא חלה, ולנוכח העובדה כי היא איננה עונה לאף אחד משני החריגים הקבועים בתקנה 43, הרי שאישורה מהווה הפרה בוטה של תקנה 55 לתקנות האג. כך למשל נקבעה בהוראות התוכנית, כאחת ממטרותיה:

"פיתוח ירושלים כבירת ישראל וכמרחב בעל זיקה לעם היהודי, המאפשר קיום בכבוד של דתות נוספות."

78. בנוסף, המתנגדים יטענו, כי התוכנית מנצלת, באופן בלתי חוקי, אף את משאבי המים התת קרקעיים באזור ירושלים המזרחית הכבושה. החלטות רבות של העצרת הכללית של האומות המאוחדות הדגישו לא אחת את עקרון הריבונות התמידית של עמים תחת כיבוש על משאביהם הטבעיים ואת זכותו המושרשת ושאיינה ניתנת להעברה (inalienable) של העם הפלסטיני למשאבים הטבעיים שבשטחו, כולל קרקעות משאבי מים וקראו למדינת ישראל שלא לנצל משאבים אלה תוך כדי הדגשת זכותו של העם הפלסטיני לדרוש השבה של משאבים אלה. כך למשל נקבע בהחלטת העצרת הכללית של האומות המאוחדות בהחלטה מס' 62/181 מיום 31 בינואר 2008 ולפיה נקבע, בין היתר:

"Reaffirming the principle of the permanent sovereignty of peoples under foreign occupation over their natural resources,

[...]

1. *Reaffirms* the inalienable rights of the Palestinian people and the population of the occupied Syrian Golan over their natural resources, including land and water;

2. *Calls upon* Israel, the occupying Power, not to exploit, damage, cause loss or depletion of, or endanger the natural resources in the

⁶ ש.ס.

Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan;"⁷

3. *Recognizes* the right of the Palestinian people to claim restitution as a result of any exploitation, damage, loss or depletion, or endangerment of their natural resources resulting from illegal measures taken by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and expresses the hope that this issue will be dealt with in the framework of the final status negotiations between the Palestinian and Israeli sides;"

79. קביעות דומות ניתנו גם במסגרת החלטה מס' 59/489 של העצרת הכללית של האומות המאוחדות מיום 6 לדצמבר 2004,⁸ וכן החלטה מס' 2006/43 מיום 22 לאוגוסט 2006 של המועצה הכלכלית חברתית של האומות המאוחדות.⁹

לאור כל האמור לעיל, יוצא, כי התוכנית, תפגע קשות באוכלוסייה הפלסטינית וברכוש הפלסטיני תחת כיבוש והלכה למעשה מיועדת לקידום מטרות פוליטיות של שליטה על המרחב והפקעת משאביו לצורכי ההתנחלויות ועל כן היא מנוגדת הן למשפט הבינלאומי והן למשפט הישראלי. אי לכך, הנכם מתבקשים בזאת להורות על ביטול התוכנית כלל.

סוהאד בשארה

הנא חמדאן

עורכת דין

מתכנתת ערים ואזורים

⁷<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/9a798adbf322aff38525617b006d88d7/1bfd3798c7567b4f852573fe005b8494!OpenDocument>

⁸<http://domino.un.org/unispal.nsf/5ba47a5c6cef541b802563e000493b8c/78e8b8eca47893da85256f6a006d41cd!OpenDocument>

⁹<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/de3c5500ad87043b85256c40005d636f/634e0577e62f65eb85257213004e60c0!OpenDocument>

