

בעניין: איברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח' (הנתבעים בת.א. 3326/04)

עטוה עיסא אבו אלקיעאן ואח' (הנתבעים בת.א. 3341/04)

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או חנין נעאמנה
ו/או ארנה כהן ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או ראמי
גיבראן

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, רחוב
יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 310903

טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140

המבקשים

- נ ג ד -

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה

רח' סלאח אל-דין 29 ירושלים

המשיבה

בקשת רשות ערעור

מוגשת בזאת בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (בהרכב של כב' השופטת שרה דברת, ס. נשיא – אב"ד; כב' השופטת רחל ברקאי וכב' השופט אריאל ואגו) מיום 28.2.2011 במסגרת ע"א 1165/09.

בית המשפט המחוזי, דחה את ערעורם של המבקשים, ואישר את פסק דינו של בית המשפט השלום בבאר שבע, אשר ניתן במסגרת ת.א. 3326/04 ו-ת.א. 3341/04, שבו נתקבלה תביעת המדינה (להלן: "המשיבה" או "התובעת"), לסילוק ידם של המבקשים ולמתן צו מניעה קבוע נגדם ביחס למקרקעין הידועים כגוש 100009 חלקה 1, וגוש 100010 חלקה 1.

כן, חויבו המבקשים, ביחד ולחוד, בהוצאות המשיבה, בסכום כולל של 10,000 ₪.

== מצ"ב העתק מהחלטת בית משפט המחוזי בבאר שבע, מסומן כנספח א'.

== מצ"ב העתק מהחלטת בית משפט השלום בבאר שבע, מסומן כנספח ב'.

ואלה הם נימוקי הבקשה:

מדוע הבקשה הזו עונה על מבחני קבלת רשות ערעור?

1. כפי שיפורט להלן, השאלה המשפטית המרכזית שבקשה זו מעלה בפני בית המשפט הנכבד, נוגעת לתחולת המשפט המינהלי על בתי המשפט האזרחיים כשהם דנים בסוגיית התיישבותם של אזרחים. במילים אחרות: האם המשפט המינהלי חל על בתי המשפט האזרחיים עת הם דנים בסוגיית התיישבותם של אזרחי המדינה המתגוררים קרוב ל- 55 שנה ברשות ובהסכמת ולבקשת המדינה על קרקע המוגדרת כמקרקעי מדינה? או שמא דינה של שאלה זו היא להידון אך ורק בפני בג"ץ וכי בתי המשפט דלמטה אינם מוסמכים לדון בה כי חובתם היא להתייחס לסוגייה כזו אך ורק בראי המשפט הפרטי (היינו כסוגיית בעלות גרידא המשעה את תחולתם של עקרונות המשפט המינהלי)? האם כללי ההגיונות, הסתמכות, תום לב, שוויון, סבירות ומידתיות חלים על המדינה בנושאי התיישבות הנוגעים לזכויות יסוד של אזרחים או שמא מותר למדינה, כפי שמותר לכל פרט, לבטל רשות שימוש במקרקעין גם לאחר 55 שנה ובהעדר נימוקים כלשהם בבחינת "הבעלים נתן והבעלים לוקח"? האם דינה של המדינה כשהיא פועלת מול אינטרסים מוגנים הנוגעים לזכויות יסוד של אזרחים כדין הפרט אך ורק משום שהיא הבעלים של הקרקע?

2. העובדות הרלבנטיות שהבקשה מתייחסת אליהן אינן שנויות במחלוקת. בתי המשפט דלמטה מאשרים, כי המבקשים תושבי כפר בדואי בנגב בשם עתיר – אם חירן (להלן: "הכפר") הינם מתיישבים בכפר זה מאז 1956; והם אינם בגדר פולשים; הם לא התיישבו ללא הסכמת המדינה או ללא ידיעתה ובקשתה; הם לא בנו בתיהם בכפרם כעבריינים חסרי תום לב. נהפוך הוא, בתי המשפט דלמטה מאשרים, כי ישיבתם של התושבים בכפר היתה בהסכמת המדינה, באישורה, בידיעתה ואף לפי דרישתה ולכן הם ברי רשות לכל דבר ועניין. לא זו בלבד, בית המשפט דלמטה מותח ביקורת חריפה בפסק דינו הנדון על המשיבה משום שהיא תיארה בתביעתה המקורית את המבקשים כפולשים. כך סיכם בית המשפט קמא בפסק דינו את כל העובדות הרלבנטיות לבקשה זו:

"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 המציג עילה של פלישה "סטנדרטית", ותפיסת חזקה ללא הרשאה כלשהי, לא תאם את מערך העובדות כהויות, ולא שיקף את המציאות המורכבת ואת הנסיבות הלא שיגרתיות, שפסק הדין קמא קובע [...] על הצגת הדברים בצורה לא שלמה ומדוייקת בכתב התביעה, יש להצר."¹

¹ דבריו של כבי' השופט אריאל אגו בעמ' 7 לפסק הדין, נספח ב'.

3. ואולם, ולאחר כ- 55 שנה החליטה המדינה לבטל את הרשות ולסלק את המבקשים, יחד עם שאר התושבים המונים כיום כ- 1000 נפשות, מהכפר. מאחר והמשיבה היא הבעלים של הקרקע, כך קבעו בתי המשפט דלמטה, אזי מותר לה לסלקם גם בהעדר נימוקים כלשהם, שכן מי שנותן רשות זכאי לחזור ממנה בכל עת. וכן נקבע, כי הנושא ידון ויוכרע אך ורק במסגרת המשפט הפרטי הואיל ובתי המשפט דלמטה אינם מוסמכים לדון בתחולת המשפט המינהלי על סוגייה כזו גם אם ישנם טיעונים כבדי משקל, שכן, מקומם של טיעונים מן המשפט המינהלי והמשפט החוקתי אינו בבתי המשפט האזרחיים האלה אלא על המבקשים להעלות טיעונים מסוג זה בפני הערכאה המשפטית הרלבנטית, היינו, ערכאת בג"ץ.

4. למען ההגינות והשקיפות יצוין, כי בית המשפט המחוזי קיים דיון אחד ובו הביעו שופטי ההרכב את אי נוחותם מבקשת המדינה לפנות את הכפר, אך כל הדיון סב סביב שאלה משפטית אחת: האם מוסמך בית המשפט לדון בסוגיות מן המשפט הציבורי או האם המשפט הציבורי חל על המדינה במקרה דנן? כב' שופטי ההרכב דלמטה שהביעו אי נוחות עם עמדת המשיבה, לא השתכנעו כי הם מוסמכים לדון בטיעונים מן המשפט הציבורי. לכן, פסק הדין הנדון המשתרע על שמונה עמודים השוטחים את טיעוני הצדדים, מסתכם יחד עם הרציו שלו בפיסקה אחת ויחידה והיא פסקה 15 הקובעת, כי מאחר והרשות הינה הדירה, אין מקום לביהמ"ש להתערב. כב' השופט ואגו גם מתייחס לנימוק זה כנימוק בלעדי אך מציע לא להטיל הוצאות גם אם המערערים הפסידו את ערעורם.

5. ודוק, התוצאה המשפטית של פסק הדין הנדון היא הריסת הכפר בשלמותו שנבנה בשנת 1956, ללא כל נימוק לכך.

6. נוסף, כי אין מחלוקת בין הצדדים אודות ייעודו של האזור, שהמדינה מבקשת לפנותו, ליישוב יהודי בשם חירן. בסעיף 8 לסיכומיה בערכאה הדיונית, הבהירה המשיבה, כי "בכל מקרה יאמר, כי אין כל פגם בתכנון יישוב האמור להיות מוקם על מקרקעי המדינה הרשומים על שמה, וכשם שמתוכננים יישובים שונים ליישובם של בדווים (כעדותו של מר אילן ישורון), כך מתוכננים יישובים עתידיים ליישובם של יהודים". היינו, הוכח בפני בית המשפט, כי הריסת הכפר מתבקשת כדי להקים יישוב יהודי במקום הכפר עתיר-אום חירן אך עם זאת בית המשפט סירב לדון בנפקויות הטענה הזו כפי שהוא סירב לדון בסוגיות משפטיות אחרות כגון הסתמכות, הגינות, סבירות, מידתיות החלטת המשיבה, ומידת הפגיעה בזכויות היסוד של המבקשים, יחד עם שאר תושבי הכפר, באופן שרירותי ללא נימוקים המצדיקים זאת.

7. יצוין, כי לאורך כל ההליכים בערכאות הקודמות, ועל אף בקשתה של המשיבה לנקוט בצעד משפטי קיצוני ביותר, היא לא סיפקה נימוק ענייני כלשהו המצדיק את פינוי התושבים: היא לא טענה, כי מדובר באינטרס ציבורי באכיפתו של שלטון החוק, מכיוון שאין חקיקה כלשהי שהנתבעים הפרו; היא לא טענה, כי מדובר בפולשים לקרקע פרטית של מאן דהוא או במשיגי גבול, מפני שאין בידה, מבחינה משפטית, להעלות טיעון זה; היא גם לא טענה שהתושבים יושבים בבתיים באופן בלתי חוקי; היא לא הצביעה על נזק ציבורי כלשהו אשר עלול להיגרם אם לא יתבצע הפינוי; היא גם לא הסבירה מדוע לא ניתן להכשיר את הבנייה בכפר לאור המצב התכנוני המאפשר זאת באזור. עם זאת, כל אשר נאמר בעניין זה בסיכומי המשיבה בבית משפט השלום, הוא, כאמור, שאין כל פגם בתכנון יישוב ליהודים בלבד על קרקע מדינה.

8. הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט הנכבד הזה מקבל בקשות רשות ערעור אם הבקשה מעלה סוגייה משפטית מובהקת או במקרה בו התעוררה טעות משפטית יסודית בפסק הדין נשוא הערעור או שהסוגייה הינה בעלת השלכות ציבוריות ומשפטיות. הבקשה הזו עונה על כל המבחנים הנ"ל: אכן הקביעה בפסק הדין הנדון עלולה להוביל לתוצאות משפטיות אבסורדיות לפיהן, המדינה יכולה שלא להאריך זכויות חכירה של תושבי מושב המתגוררים בו מעל חמישים שנה, בכל עת ולהפוך לחסרי בית אך ורק משום שהיא הבעלים של הקרקע. למותר לציין, כי כל המושבים בארץ קמו על מקרקעי מדינה. כמו כן, בתי המשפט דלמטה טעו טעות משפטית מובהקת בכך שקבעו כי אינם מוסמכים להחיל את המשפט המינהלי והחוקתי על המקרה דנן. הרי גם לפני פס"ד קעדאן (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)) ובשורה של תקדימים נקבע, כי המדינה הינה נאמן הציבור בניהול מקרקעי המדינה ועל כן עליה לעמוד בכל אמות המידה של המשפט הציבורי. בית משפט נכבד זה אף קבע בשנת 1979, כי:

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל...מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד ענינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות...חובות אלה מוטלות על המדינה בכל פעולה ופעולה שהיא עושה. הן חלות על כל החלטה והחלטה והן חלק מכל שיקול דעת המופעל על-ידיה. אין כל יסוד הגיוני להבחין בין החלטה מכוח סמכות סטטוטורית מיוחדת לבין החלטה מכוח סמכויות המינהל הכלליות. אלה כאלה מופקדות בידי המדינה בנאמנות, ואלה כאלה חייבות להיות מופעלות בהגינות. על כן חייבת המדינה לפעול על-פי הכללים הנזכרים, בין אם היא פועלת כשלטון, ומפעילה סמכות חד צדדית, ובין אם היא פועלת כפיסקוס (fiscus) ומתקשרת בהסכמים. בשני המקרים ענין לנו באקט מינהלי הלוש צורה ופושט צורה, אך לא הצורה היא הקובעת אלא המהות היא הקובעת... ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי חשובה היא, והשלכות לה אף על הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק. אך האקט המינהלי הוא אחד, והמשפט המינהלי הוא אחד, ובין אם המדינה פועלת במשפט הציבורי בלוש של סמכות, ובין אם היא פועלת במשפט הפרטי בלוש של הסכם, היא חייבת לפעול על-פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן ציבור... המשפט המינהלי החל על המדינה אינו קשור לבית-המשפט אשר ידון בהפרתו. בתי המשפט הם רבים, המשפט המינהלי הוא אחד." (ההדגשה אינה במקור)

בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נגד ממשלת ישראל, פד"י לד(3) 729, 745-747 (1980).

9. בנסיבות המתוארות, פינוי המבקשים ושאר המשפחות מהכפר תהווה פגיעה אנושה בזכויותיהם החוקתיות. בראשונה, זוהי פגיעה בזכותם החוקתית לשוויון, לכבוד ולקניין. פגיעות חוקתיות אלו אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה. את ההליכים הנדונים יש לבחון, בין היתר, במסגרת חוקתית זו.

השתלשלות ההליכים

10. בשנת 2004, הגישה המשיבה בבית המשפט השלום בבאר שבע תביעה לסילוק יד וצו מניעה קבוע נגד המבקשים ביחס למקרקעין מוסדרים הידועים כגוש 100009 חלקה 1, וגוש 100010 חלקה 1, הרשומים על שם המשיבה. בתביעתה, טענה המשיבה כי הנתבעים הינם משיגי גבול בקרקע מוסדרת הרשומה על שם המדינה.

11. להגנתם, טענו המבקשים טענות סף רבות כנגד הגשת התביעה כנגדם (שיהוי בהגשת התביעה, הגנה מן הצדק, העדר תשתית עובדתית ושיקולים בלתי ענייניים בהגשת התביעות כנגדם וכן חוסר תום לב בשימוש בהליכים משפטיים). לגופו של עניין, טענו המבקשים, כי הנם בעלי רשות בלתי הדירה לשימוש במקרקעין.

פסק הדין בבית משפט השלום בבאר שבע

12. בית המשפט השלום בבאר שבע (מפי כב' השופט גד גדעון) קבע, כי המבקשים הנם ברי רשות, שכן הם "ישבו במקרקעין במשך שנים, בידיעת המדינה ובהסכמתה". יחד עם זאת, בית משפט השלום קבע, כי מדובר ברשות חינוס הדירה. בית המשפט הורה על פינוי המבקשים, כמבוקש על ידי המשיבה.

13. בית המשפט דחה את טיעוניהם המקדמיים של המבקשים להתיישנות התביעה ולשיהוי בהגשתה ופסק, כי המבקשים לא החזיקו במקרקעין חזקה נוגדת שכן ישיבתם במקרקעין הייתה על דעת המשיבה ובהסכמתה ועל כן לא נרכשו זכויות מכוח התיישנות.

14. באשר לשיהוי, נקבע כי מרוץ השיהוי מתחיל מרגע ההודעה על ביטולה של הרשות. כל עוד לא ניתנה הודעת ביטול, אין מקום לקבל טענת השיהוי. בית המשפט ציין גם כי אי אפשר ללמוד מאי הגשת התביעה בעבר כאל וויתור על זכויותיה במקרקעין.

15. מלבד טענת ההתיישנות והשיהוי, בית משפט השלום לא הכריע ביתר טענות הסף האחרות שהמבקשים העלו בסיכומיהם: הגנה מן הצדק, העדר תשתית עובדתית ושיקולים בלתי ענייניים, וחובת תום הלב וההגינות בשימוש בהליכים משפטיים ובביטול הרשות אשר ניתנה למבקשים.

16. עוד נקבע, כי טענות אחרות במישור החוקתי כגון טענות אפליה אין בכוחם לבסס זכויות במקרקעין או הגנה מפני תביעת פינוי כשהתביעה מבוססת על בעלות במקרקעין. טענות חוקתיות כוחם יפה בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי ובפני הערכאה המתאימה.

17. בהתאם, קיבל בית המשפט את התביעה, הורה על פינוי הנתבעים ממקום מגוריהם וחייב את המבקשים, ביחד ולחוד, לשאת בשכר טרחת עורך דין בסך של 10,000 ₪ בתוספת מע"מ וכן הוצאות משפט.

הליכי הערעור בפני בית משפט המחוזי בבאר שבע

18. המבקשים ערערו על פסק דינו של בית המשפט השלום לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, ובו נטען, בין היתר, כי:

א. שגה בית המשפט עת לא בחן את התביעות באספקלריה של המשפט המנהלי והמשפט החוקתי, ולא החיל את הנורמות של המשפט המנהלי על החלטת המשיבות לפנות את המבקשים, ולא בחן את הפגיעות בהם במסגרת החוקתית של פסקת ההגבלה.

ב. שגה בית המשפט עת התייחס לתביעות כאל תביעות פינני רגילות בין פרטים. ובכלל זה, שגה בית המשפט עת התעלם כליל מההקשר ההיסטורי של מעברם של המבקשים לכפר עתיר/אום-אלחיראן; מעובדת ישיבתם הממושכת של המבקשים בכפר; מהסתמכותם ומצפיותיהם הלגיטימיות של המבקשים להמשיך ולהתגורר במקרקעין; מהתנהגותה של המשיבה לאורך זמן; מהמטרה שבבסיס דרישת הפינני; ומהפגיעות החמורות בזכויותיהם החוקתיות של המבקשים באם הפינני מתבצע.

19. בית המשפט המחוזי דן בחלק מטענות המבקשים, ואישר את קביעת בית המשפט בערכאה הדיונית. בית המשפט המחוזי קבע, בין היתר, כדלקמן:

א. צדק בית המשפט בערכאה הדיונית עת קבע, כי אין למבקשים כל זכות בעלות במקרקעין נשוא המחלוקת.

ב. לא נמצאה עילה להתערבות במסקנתו של בית המשפט בערכאה הדיונית לפיה הרשות שניתנה למבקשים הינה רשות ללא תמורה, ובמסקנה כי רשות זו הינה הדירה.

ג. טענות ההפליה, חוסר השוויון והפגיעה בכבוד המבקשים אמורה להידון במסגרת תקיפת תכנית המתאר בפני טריבונל אחר ולא במסגרת הליך לסילוק יד כבמקרה דנן.

20. בהתאם לקביעותיו של בית המשפט המחוזי כפי שהובאו לעיל, נדחה ערעורם של המבקשים, ואושר פסק דינו של בית המשפט בערכאה הדיונית. המבקשים חויבו לשלם למשיבה סך של 10,000 ₪ כהוצאות הליך הערעור.

עובדות המקרה בקצרה, כפי שאלה הוכחו בפני הערכאה הראשונה ונהפכו כבלתי שנויות

במחלוקת בין הצדדים

21. המדובר הוא בתביעות פינני כנגד המבקשים, שתיים מתוך שורת תביעות דומות שהוגשו כנגד כלל המשפחות המתגוררות בכפר.

22. הכפר, המונה כיום כ- 1000 תושבים, ממוקם באזור נחל יתיר מצפון-מזרח ליישוב חורה. הכפר מורכב משני מתחמים מרכזיים (אום אלחיראן ועתיר), כשבכל מתחם כמחצית מהתושבים. הבנייה בכפר הינה מבלוקים ואבן ואופי הבנייה תואם את אורח החיים הכפרי-מסורתי של בני שבט אבו אלקיעאן.

23. במקור ועד לשנת 1948 בני שבט אבו אלקיעאן התגוררו באזור ואדי זובאלה (כיום חלק מהאדמות החקלאיות של קיבוץ שובל). הם התגוררו שם למשך תקופה ארוכה, בנו שם את

כפרם ועיבדו אדמות שבבעלותם לצורכי מחיה. בשנת 1948, התבקשו בני השבט על ידי הממונים בממשל הצבאי לעזוב את אדמותיהם ולעבור לאזור ח'רבת אלהווייל. לאחר מכן התבקשו בני השבט שוב על ידי הממונים בממשל הצבאי לעבור לאזור גיגילי (כיום קיבוץ להב), כוחלה ואבו כף.

24. בשנת 1956, משביקשו בני השבט לחזור לאזור ח'רבת אלהווייל אסר עליהם הצבא לעשות כן. הממשל הצבאי ביקש אז מבני השבט אבו אלקיעאן לעבור באופן סופי וקבוע למקרקעין עליהם נמצא הכפר. בתוך אותו אזור הותר לבני השבט לגור, לרעות ולעבד כ- 7,000 דונם אשר הוחכרו לשייחי השבט פרהוד אבו אלקיעאן. העובדות הנ"ל הוכחו בפני בית המשפט בערכאה הדיונית באמצעות מסמכים ארכיוניים ועדים מטעם המבקשים שלא נסתרו על ידי המשיבה.

25. בהקשר זה נציין את המסמך הפנימי שהוגדר "סודי", מיום 28.8.1957, מטעם מר לובראני מלשכת ראש הממשלה ולשכת היועץ לענייני ערבים דאז. במסמך זה מפרט מר לובראני, בין היתר, כי בני שבט אלקואעין, "המונה כ-200 נפש, ישב אחר מלחמת השחרור על אדמה נטושה בסביבות בית קמה – דביר – להב [...]". מר לובראני ממשיך ומאשר, כי "עקב לחץ אשר הופעל ע"י הממשל הצבאי [...] הסכימו כ- 2/3 מהם [...] להעתיק מקומות מגוריהם לסביבות עתיר, קבלו בחכירה קרקע מאדמות המדינה בהתאם לנוהל של משרד החקלאות, והינם מעבדים אותה". (ההדגשה אינה במקור)

26. בני שבט אבו אלקיעאן התיישבו באזור עתיר לפי ראשי המשפחות, ובכך הקימו את שני המתחמים של הכפר, עתיר ואום אלחיראן. מאז הקמתו של הכפר לפני יותר מ-55 שנה, השתקעו בני השבט במקום, בנו את בתיהם ופיתחו את הכפר אשר עבורם מהווה ביתם היחיד. בין היתר הוכשרו שבילים ודרכי עפר, הוכשרו שטחים לבנייה, נחפרו בארות לאיסוף מי גשמים, נבנו מאגרים לאיסוף מים לשימושים חקלאיים וכד'. המבקשים נולדו וחיו כל חייהם בכפר.

27. למשך עשרות רבות של שנים, המשיבה נמנעה מלערער על הימצאותם של המבקשים ואחרים מתושבי הכפר במקרקעין. מאז מעברם לאזור יתיר בשנת 1956, נמצאים בני שבט אבו אלקיעאן באותו מקום, מתגוררים באותו כפר, שבו הם מעוניינים להמשיך להתגורר ולקיים אורח חיים מסורתי כפי שעשו משך עשרות שנים.

28. יתרה מכך, המשיבה אף תמכה בצורה פוזיטיבית בישיבתם של המבקשים ובני השבט האחרים בכפר. באוקטובר 1997 התחוללה סערה באזור נחל יתיר, אשר הביאה אתה גשמים עזים שגרמו לסחף ולשיטפונות באזור ובכפר. ימים ספורים לאחר האסון ביקרו בכפר נציגי ממשלה, וביניהם השר לתשתיות לאומיות אז, מר אריאל שרון, יחד עם נציגים מטעם המנהלה לקידום הבדווים בנגב. בעקבות הביקור והעמידה על הנזקים העצומים אשר נגרמו לתושבי הכפר, הוחלט כי הממשלה תסייע בשיקום הכפר ותפצה את תושביו.

29. באשר למצב התכנוני באזור הכפר, הצדדים תמימי דעים לגבי אישורה של תוכנית המתאר המחוזית תמ"מ 4/14 על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה באפריל 2002. על פי תוכנית המתאר המחוזית, האזור שבו מצוי הכפר מיועד להקמת יישוב בשם "חירון". בוועדה

המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז דרום, התקבלה החלטה בדבר הפקדתה של תוכנית מס' 241/02/11 ליישוב "חירן" ואשר חלק ניכר מבתי הכפר נמצאים בתוך הקו הכחול של אותה תוכנית. דהיינו, בשטח היישוב המתוכנן. חלק מהבתים אף נמצאים בשטחים שמיועדים כמגרשי בנייה בתוכנית המוצעת. מספרה של תוכנית זו שונה ל- תכנית מתאר מס' 107/02/15 הכוללת תכנית שלב א' ברמה מפורטת ישוב פרברי חירן, והיא הופקדה בפועל בחודש דצמבר 2010

ביטול הרשות אמור להיבחן באספקלריה של המשפט החוקתית והמינהלי:

30. המבקשים יטענו, כי החלטת המשיבה לפנות את המבקשים, יחד עם שאר התושבים בכפר, חייבת להיבחן במסגרת המשפט המנהלי והחוקתי, בהיותה החלטה מנהלית שעליה חלים כללי המשפט הציבורי. התעלמות בתי המשפט, הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור, מחובתם לדון בביטול הרשות במסגרת המשפט המנהלי והחוקתי, עולה כדי השעיית תחולת המשפט המינהלי והחוקתי על נושא כה ציבורי הנוגע ליישוב אוכלוסייה ומדיניות התיישבות. פגם זה, שבמהותו הוא משפטי, מחייב את התערבותה של ערכאת ערעור שנייה. המבקשים יטענו, כי תביעות הפינוי כמו גם פסקי הדין שניתנו בעקבותיהם מבוססים על תפיסה מוטעית של הנורמות המשפטיות המחייבות את הרשויות.

31. בתי המשפט, הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור, קבעו כי משעסקינן ברשות שלא בתמורה (קביעה אשר חולקים עליה המבקשים), הרי שרשאית המשיבה לבטלה. ואולם, נמנעו כליל מהדיון בטיב הביטול האמור ובאמות המידה הראויות לחול עת מחליטה הרשות הרלוונטית לבטל רישיון למגורים במקרקעין המתמשך כ- 55 שנים. כך קבעו שתי הערכאות, כי מקומן של השאלות המנהליות והחוקתיות הוא במסגרת תקיפת התוכניות, אשר מייעדות את האזור כיישוב לאוכלוסייה יהודית, בפני טריבונול אחר. וזאת כאשר אותן תוכניות אינן מנותקות מתביעת המשיבה לסילוק ידם של המבקשים, אלא הן המניע לביטול הרשות, ומהוות את תכליתו הבלעדית.

32. הלכה למעשה, קבלת תביעות הפינוי תוך כדי השעיית המשפט החוקתי והמינהלי בהקשרן, מרוקן את זכותם של המבקשים, יחד עם שאר בני הכפר, להתנגד ולתקוף את תוכניות המתאר באזור, כשתבוא העת לעשות כן. שכן, עם ביצוע הפינוי, לא תהא כל משמעות להחלטה אשר מקבלת את התנגדויות המבקשים או המבטלת את הליכי התכנון מחמת פגיעתם הבלתי מידתית במבקשים. וכך, נוצר מצב בו הניתוק המלאכותי בין שני נושאים הקשורים והשזורים זה בזה באופן חד משמעי, פוגע הן בזכותם של המבקשים להתגונן בפני תביעות הפינוי, והן בזכותם להתנגד לתוכניות המתאר הפוגעות בזכויותיהם החוקתיות.

33. ההחלטה לבטל רשות במקרקעין הינה החלטה מנהלית. וככל החלטה מנהלית, מן הראוי כי תיבחן בהתאם לכללים המנהליים והחוקתיים שהפכו זה מכבר לדרך המלך בבחינת התנהלות הרשות השלטונית ביחסיה עם הפרט.

34. על תביעות הפיננסי וההחלטה לבטל רשות במקרקעין נשוא הבקשה דנן, חלים כללי המשפט המנהלי כגון ההגיונות המנהלית, דוקטרינת ההגנה מן הצדק וההשתק והעדר קיומה של תשתית עובדתית רלוונטית עובר לקבלת ההחלטה המנהלית. כפי שפורט לעיל, התשתית העובדתית המוכחת מובילה למסקנה, כי תביעות הפיננסי הוגשו על מנת לפנות את אזור נחל יתיר, וזאת בכדי להקים באזור יישוב יהודי בשם חירן, והכל אף ללא הוכחת עילת התביעה ותוך כדי הצגת עובדות לא נכונות ומנוגדות למסמכים מטעם התובעת כאמור (ראה הביקורת אשר מתחו כב' השופט אריאל ואגו וכב' השופטת שרה דברת בפסק דין קמא על אופן ניסוח כתב התביעה מטעם המשיבה ואופן הצגת העובדות בו (עמ' 8 בפסק דינו של בית משפט קמא).

35. לא זו אף זו, שהרי אם תאמר כי רשאית המשיבה לבטל את הרשות ללא בחינת החלטתה האמורה במסגרת אמות המידה החוקתיות והמנהליות, הריך כאומר כי החלטתה של המשיבה הינה חסרת גבולות וכי אינה נתונה כלל לביקורת שיפוטית. בעניין **מרכז הקבלנים**, קבע כבוד השופט (דאז) ברק, 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 הסכם, היא חייבת לפעול על פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן הציבור."²

36. כבוד השופט ברק קבע עוד בהקשר זה, כי חובות המשפט המינהלי חלות על כל פעולה סטטוטורית של הרשות השלטונית באשר היא. "חובות אלו [של המשפט המינהלי] מוטלות על הרשות השלטונית שעה שהיא מפעילה סמכות סטטוטורית, וניתן לראות בהן עקרונות המגבילים – על פי כוונתה המשוערת של החקיקה – את הסמכות עצמה."³

37. ניתן להקיש לענייננו מהכללים אשר נקבעו להפעלת שיקול דעתו של תובע. בית משפט העליון קבע בעניין **גנור** כי :

"שיקול-דעתו של תובע הינו שיקול-דעת שלטוני, בעל אופי שיפוטי, המוגבל בדל"ת אמותיו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (ראה בג"צ 844/86 [16], בעמ' 226). על הפעלתו של שיקול-דעת זה חלות - בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] ותוך הרמוניה עימן - ההוראות הכלליות של המשפט המינהלי. על-כן חייב תובע לקבל החלטתו מתוך שקילת הגורמים הרלוואנטיים וגורמים אלה בלבד. עליו לפעול בתום-לב, בהגיונות, ללא הפליה ובסבירות".

בג"צ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, 508 (1990).

ראו לעניין זה גם: בג"ץ 5699/07 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, 138-139 (טרם פורסם, ניתן ביום 26.2.08).

38. אמנם הדברים נקבעו במישור המשפט הפלילי, אך יפים הם גם לענייננו, שכן מדובר באספקטים המינהליים של החלטות היועץ המשפטי לממשלה לנקוט בהליכים משפטיים. על מהותה של הביקורת השיפוטית הבוחנת את חוקיות פעולות המינהל עמד פרופ' ברק כלהלן :

² בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל** פ"ד לד(3) 725, 747 (1980).

³ בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל** פ"ד לד(3) 725, 746 (1980).

"[...] עילות הביקורת השיפוטית הן כל אותם מעשים ומחדלים אשר עושים את התנהגות המינהל לבלתי חוקית. בין שאר עילות הביקורת ניתן להזכיר טעות בעובדה וטעות בחוק, שיקולים זרים ושרירות, [...] הפליה, חוסר סבירות וחוסר מידתיות".

אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 364 (2004).

39. גישה זו מאמצת את עקרון שלטון החוק המהותי ולא רק הפורמאלי. לפי גישה זו, שלטון החוק כולל היבט מהותי של הגנה על זכויות אדם ושל הגשמת ערכי צדק. מכאן, עקרונות חוקתיים חלים על כל פעולה של השלטון, כולל החלטה לנקוט בהליכים משפטיים כלשהם כנגד אזרחים שווי זכויות ולבטל בכך רשות שניתנה להם לשימוש בקרשע למשך עשרות שנים (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); אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, נבו הוצאה לאור (2010), עמ' 280 - 283).

40. המבקשים יוסיפו ויטענו, כי ניתן להקיש לענייננו מדוקטרינת ההגנה מן הצדק אשר התפתחה במשך שנים רבות במסגרת הפסיקה בישראל והובילה לבסוף לאימוץ הדוקטרינה אף בתיקון חקיקתי (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). לפי דוקטרינה זו:

"במקרה מתאים, ש"נסיבות העניין אינן מצדיקות העמדה לדין", או ש"המשך ההליכים יגרום לעוות דין לנאשם" או ש"ניהול המשפט יהיה בלתי צודק בנסיבות העניין". [...] יפסיק בית המשפט את ההליכים המשפטיים במקרה שבו התנהגות הרשות היתה "בלתי ראויה במידה חמורה" [...]"

זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" **הפרקליט** מז 42, 72 (2003).

41. ואם כך הם פני הדברים כאשר באחריות פלילית עסקינן, אזי על אחת כמה וכמה שיקולים אלה תקפים הם בעניין כבענייננו, כאשר קורת הגג של כ-1000 אזרחים היא על הפרק.

42. הפסיקה הנ"ל מעלה את חשיבות סוגיית עקרונות ההגנות בפעולות המינהל הציבורי ורשויות השלטון לאור הכוח הנמצא בידי שלטונות אלה אשר מעמיד אותן בעמדת עליונות על פני האזרח או הפרט (ראו לעניין זה: בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 366-367 (1998)).

אי-הוכחת עילת התביעה מלכתחילה

43. המבקשים יטענו, כי שגה בית המשפט המחוזי עת דחה את טענתם, לפיה משלא הוכחה **עילת התביעה, דינה היא דחייה**. לתחולתו של טיעון זה נפקות מירבית ביחס למקרה דנן, ואולם, אף בראייה משפטית רחבה, שכן יש בהכרעת בית המשפט בשאלה זו בכדי לקבוע

הלכה כוללת המסדירה את הסוגיה לאשורה. על כן, נפנה עתה את דיוננו לגופו של הטיעון האמור.

44. נדגיש תחילה, כי השאלה המשפטית העולה בהקשר זה היא האם ראוי הוא שתתקבל תביעת פינוי כאשר עילתה המוצהרת שהינה השגת גבול, אינה מוכחת? האם ראוי בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש על אף אי הוכחתה של עילת התביעה? לדידנו, התשובה המתבקשת הינה בשלילה.

45. המשיבה הגישה את תביעותיה כנגד המבקשים בטענה כי האחרונים פלשו לקרקע, ואף טענה כי אין הם בגדר ברי-רשות במקרקעין נשוא המחלוקת במפורש.

ראו, פסקאות 3 ו-5 לכתב התביעה; פסקה 2 לסיכומים בכתב מטעם המשיבה (התובעת).

46. טענות אלה נדחו על ידי הערכאה הדיונית אשר קבעו, כי מעמדם של המבקשים הנו כברי-רשות במקרקעין, וזאת כפי שהוכיחו המבקשים. קביעת הערכאה הדיונית לעניין זה אף לא שונתה על ידי ערכאת הערעור.

ראו, פסקה 11 לפסק דינו של בית משפט השלום; פסקה 15 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

47. בנסיבות הללו, ומשבית המשפט בערכאה הדיונית קבע כי מעמדם של המבקשים במקרקעין הוא כברי רשות, ודחה את תיאורם של המבקשים כאל פולשים או משיגי גבול, ומשערכאת הערעור קיבלה קביעה זו, נמצא כי נשמט הבסיס מתחת לתביעה. בהתאם לכך, ובשל אי הוכחת עילת התביעה היחידה, דחיית התביעה בנסיבות הללו היה הדבר המתבקש ביותר. כאן נקלע בית המשפט קמא לכלל טעות יסודית.

48. עוד לעניין זה, **משדחה בית המשפט את הטענה כי המבקשים הינם בגדר פולשים והצהיר כי מעמדם הוא של ברי-רשות, מן הראוי היה כי יטיל על המשיבה את הנטל להוכיח מדוע יש להפסיק את הרשות שהמבקשים יחד עם שאר תושבי הכפר נהנו ממנה ופעלו בהסתמך עליה למשך עשרות רבות של שנים.** ההחלטה בדבר ביטול הרשות הינה החלטה מנהלית לכל דבר, ומן הראוי להטיל על הרשות את הנטל להוכיח את קיומו של אינטרס ציבורי המצדיק אותה.

מעמד המבקשים במקרקעין: רשות שבתמורה – בלתי הדירה

49. שאלה עקרונית מכרעת הדורשת אף היא התערבות בית המשפט הנכבד נוגעת לסוגיית "הדירותה" של הרשות שבהתאם לה השתמשו המבקשים במקרקעין. כאמור, עניין לנו בנסיבות חריגות לפיהן הרשות ניתנה למבקשים בעקבות בקשת המשיבה כי יעברו, יחד עם שאר בני שבטם לאזור בו הם שוכנים כיום, מלפני כ- 55 שנים, כאשר נגישותם לקרקעות ששימשו אותם לצורכי חקלאות, בגינם הם תובעים כיום זכויות בעלות, נמנעה. סוגיה זו הינה בעלת חשיבות ציבורית ראשונה במעלה המציבה שאלות של אחריותה של רשות ציבורית על מעשיה שלה, כאשר על הפרק זכויות יסוד חוקתיות של אזרחי המדינה. בהתאם לאמור, עולה

השאלה הבאה: האין לראות בתמורה, בדמות מעברם של המבקשים מאדמותיהם על פי הוראת הממשל הצבאי לכפר עתיר/אום-אלחיראן, כתמורה לעניין סיווג הרשות שבהתאם לה החזיקו המבקשים במקרקעין?

50. המבקשים מקבלים את קביעת בית המשפט שהם ברי רשות במקרקעין. יחד עם זאת, הם יבקשו לטעון כי מדובר ברשות בתמורה ולא רשות חינום כפי שנקבע. כך גם על פי ההלכה הפסוקה בעניין העברתה של חלק מהאוכלוסייה הבדואית אחרי קום המדינה מאדמות שהיו בשימוש למיקומים אחרים, כפי שיפורט להלן.

51. במעברם הלא רצוני מאדמותיהם בהתאם לבקשת המשיבה, בני השבט איבדו את אדמותיהם בוואדי זובאלה ואת זכות השימוש באדמות אלה. איבוד זכויות השימוש במקרקעין באזור ואדי זובאלה היא, למעשה, התמורה אשר שילמו וממשיכים לשלם בני השבט בגין מעברם לאזור יתיר.

52. בית המשפט בערכאה הדיונית נקלע לכלל טעות עת קבע, כי אין לקבל את טענת המבקשים הנ"ל ולפיה התמורה שניתנה עבור המקרקעין כרוכה בעצם מעברם מאזור ואדי זובאלה אל המקרקעין עליהם מוקם הכפר היום משום שהמבקשים לא הוכיחו זכויותיהם במקרקעין באזור וואדי זובאלה בהם התגוררו עד לשנת 1948.

53. במקרה דומה לזה עסקינן, בית המשפט העליון הכיר בסיפור פינויים של הבדווים מאדמותיהם על ידי הממשל הצבאי כפי שנקבע בפסק הדין בעניין **אלקלאב** (ע"א 496/89 **אלקלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב**, פ"ד מה(4) 343, 345 (1991)).

54. בית המשפט העליון אף קבע בהקשר הזה, כי עצם ההעברה על ידי הממשל הצבאי ומניעת גישת השבטים לאדמותיהם מהן הם פונו נחשבת כמתן הרשאה לשימוש בקרקעות אליהן הם הועברו ובתמורה. כך נקבע בעניין **אלקלאב** הנ"ל כלהלן:

"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" ... מכיוון שקבעתי, שלא היה מקום להתערב במימצאים העובדתיים שקבע שופט השלום, לא נותר לי אלא לקבוע, כי למבקשים ניתן רישיון בתמורה לשימוש במקרקעין, ולא ניתן לבטלו ללא תמורה".

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

55. נושא זכויותיהם של המבקשים על המקרקעין בהם החזיקו עובר לשנת 1948 אינו רלבנטי לדיון שהיה בפני בית המשפט בערכאה הדיונית ועל כן הוא אינו מעלה ואינו מוריד בקשר לשאלת סיווג הרשות!

56. בית המשפט לא היה אמור להתנות קבלת טענת המבקשים בדבר קיום תמורה עבור הרשות שבידם בהוכחת זכויותיהם של המבקשים באדמות שהחזיקו לפני 1948 באזור ואדי זובאלה. בית המשפט בערכאה הדיונית היה צריך להסתפק בעובדה כי עובר לקום המדינה, וכפי שזה הוכח מהמסמך של מר לובראני הנ"ל, המבקשים ואחרים מבני השבט החזיקו באדמות באזור

וואדי זובאלה והשתמשו בהם למגורים ולמחייתם. הדיון בפני בית המשפט לא היה הפורום הראוי לדיון בשאלת זכויותיהם של המבקשים במקרקעין עליהם התגוררו עד לשנת 1948.

57. לא זו אף זו, אין חולק על כך כי המבקשים החזיקו במקרקעין בואדי זובאלה עובר להעברתם לאזור יתיר. בהיותם מחזיקים כאמור, חזקה היא כי החזקתם הייתה כדיון, ואף חזקה היא כי הם הבעלים של מקרקעין אלו, והחולק על כך, עליו הראיה. עיקרון זה נגזר מההגנה הרחבה המוענקת למחזיק בסימן ב' של פרק ג' בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. הגנה זו נובעת משיקולים של יעילות ושל היגיון, שלפיהם המחזיק לרוב הוא אף הבעלים.

לעניין זה ראו, יהושע וייסמן **דיני קניין: החזקה ושימוש** 25-27 (2005)

58. לאור כך, כל עוד החזקה המושמעת בפסקה הקודמת לא נסתרת, הרי שהעברתם של המבקשים ממקרקעיהם בואדי זובאלה לאזור עתיר, שם הורשו להשתמש במקרקעין בהתאם למוסד הרשות במקרקעין, הייתה כרוכה בתמורה. בהקשר זה, אם המשיבה חולקת על זכויותיהם במקרקעין שבהם החזיקו המשיבים, עליה נטל ההוכחה, ואין להטילו על המבקשים.

59. הדברים הנ"ל נכונים שבעתיים בהתחשב בעובדה, כי עם ההכרזה על תחילת הליכי הסדר קרקעות באזור שובל, הגישו בני השבט תזכירי תביעה לבעלותם על קרקעותיהם באזור שממנו התבקשו לצאת בשנת 1948. כיום חלק מהאדמות שנתבעות על ידי בני שבט אבו אלקיעאן מוקצות לקיבוץ זה. כמו לגבי תביעות בעלות רבות אחרות, הליך הבירור טרם הסתיים.

60. מהאמור לעיל מתבקשת המסקנה כי למבקשים ניתנה רשות בתמורה. יתרה מכך, רשות זו הינה בלתי הדירה גם בהתחשב בהשקעתם ארוכת השנים של המבקשים במקרקעין.

61. לאחר המעבר לאזור יתיר, המבקשים ובני השבט האחרים הכשירו את שטח הכפר למגורי בני אדם, הכשירו שבילים ואזורי בנייה, בנו את בתיהם וחפרו בארות ומאגרים לאיסוף מי גשמים. מאוחר יותר השקיעו בני השבט בתשתיות מים בכפר והפעילו גנראטורים לחיבור בתיהם לחשמל. במילים אחרות, בני השבט השקיעו את כל אשר היה ברשותם ואת כל כוחותיהם בכדי להפוך את האזור שהיה ריק לכפר חי ומתפתח, כפי שהיה להם באזור ממנו הם הועברו על ידי הממשל הצבאי כאמור. השקעה זו בפני עצמה יש לראות בה את התמורה שניתנה עבור הרשות.

62. קביעתו של בית המשפט לפיה המבנים שהמבקשים הקימו על המקרקעין נעשתה שלא כדיון ועל כן אינה יכול להיחשב להשקעה במקרקעין כזו שהופכת את הרשות לבלתי הדירה הינה מוטעית בעליל, בנסיבות העניין. שכן אין לצפות כי אזרחים אשר הועברו על ידי המדינה למגורים באזור מסוים, יישארו ללא קורת גג נאותה ואין להתייחס לבניית בתיהם, בנסיבות אלה, כבנייה ללא היתר במובן הקלאסי של פגיעה בשלטון החוק וכד'. הדברים לעיל מקבלים משנה תוקף לאור העובדה, כי המדינה היא זו אשר עזרה לתושבי הכפר לשקם את בתיהם לאחר שאלה נהרסו בסערה בשנת 1997.

63. בעיקר, השקעתם של המבקשים במקרקעין נעשתה על סמך המצג שהמשיבה יצרה אצלם, למשך עשרות שנים במהלכם הייתה אדישה והתעלמה מהשקעתם של המבקשים ושל אחרים במקרקעין, ולעתים אף תמכה בהשקעה עצמה, כאמור. מצג זה יוצר מניעות לפיה אי אפשר לבוא היום ולקבוע כי השקעתם של המבקשים אינה חוקית במובן הזה שאין בכוחה להפוך הרשות לבלתי הדירה.

בחינת תביעות הפינוי לפי עקרונות השתחררות המדינה מהתקשרות חוזית:

64. ברור הוא במקרה דנן, כי הרשות שניתנה למבקשים איננה רשות מכללא, שהרי הוכח כי בני שבת אבו אלקיעאן נתבקשו לעבור לאזור יתיר על ידי הממשל הצבאי. משכך, המדובר הוא במצב של רשות מכוח הסכם בין הצדדים. אין המדובר במצב שבו המבקשים התיישבו בקרקע וחוסר המעש של המשיבה הוא שהביא למסקנה כי ניתנה הרשות. ההפך הוא הנכון, שכן הרשות ניתנה פוזיטיבית על ידי המשיבה עת הורתה למבקשים לעבור לאזור בו הם שוהים. לעניין זה נפקות ביחס לקביעת מעמד הרשות כזוהי לרשות חוזית ולא כרשות גרידא המתגבשת כרשות שבשתיקה (ראו לעניין זה: ע"א 618/05 דיאמנשטיין נ' מחלקת עבודות ציבוריות – מדינת ישראל, (טרם פורסם, 21.3.2007)).

65. המבקשים יטענו, כי מאחר ומדובר ברשות הנובעת מיחסים חוזיים, הרי שביטול החוזה האמור, אמור להיבחן **גם** במסגרת דוקטרינת ההשתחררות השלטונית. לעניין זה אין נפקא מינה אם קיים חוזה בכתב ואם לאו. שהרי חוזה יכול להתגבש מהתנהגות הצדדים, ובלבד שהתנהגות זו מעידה על אומד דעתם. ומשהוכח כי הימצאותם של המבקשים בכפר עתיר/אום אלחיראן הינה תולדה של העברתם לשם על ידי הממשל הצבאי, הרי שאין אלא להסיק מכך כי הימצאותם שם נבע מרצון המדינה. אין בכך כהסכמה שבשתיקה אלא כרצון מפורש, שהחזרה ממנו חייבת לעמוד בתנאים שנקבעו לכך. בהקשר זה, נקבעה ההלכה כי:

"הילכת ההשתחררות מאפשרת למדינת ישראל (או לרשות מינהלית אחרת הפועלת בגדר המשפט הפרטי) להשתחרר מחוזה שהיא צד לו, בלא שהדבר ייחשב כהפרת החוזה. השתחררות זו אפשרית רק אם 'צרכי-ציבור חיוניים' אינם מתיישבים עם המשך הקשר החוזי" (ההדגשה הוספה)

ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 פס' 1 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000).

66. כאמור, המשיבה לא הצביעה כלל על "צרכי ציבור חיוניים" המצדיקים את ביטול הרשות שניתנה להם לשבת במקרקעין. ההפך, מטרת פינויים של המבקשים, וביטול הרשות שניתנה להם אינה באה להגשים צרכי ציבור חיוניים כלשהם, אלא היא באה להגשים תכלית בלתי ראויה כפי שיובהר להלן.

67. לא זו אף זו, ההחלטה על ביטול הרשות אינה רק בגדר ביטול חוזה, אלא מעבר לכך. המדובר הוא בהחלטה של המשיבה לפנות את המבקשים, והחלטה זו חייבת לעבור את מסוכת המשפט החוקתי, ובין היתר, את מבחני פסקת ההגבלה, ככל שהיא נוגעת לפגיעה בזכויות היסוד של המבקשים. כך למשל, בפסק דין חוף עזה (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף

עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, (2005)), ועל אף השוני בין המקרים, בית המשפט בחן את סוגיית פינוי ההתנחלויות באספקלריה החוקתית, ובחן את חוק ההתנתקות הקובע את הפינוי במסגרת פסקת ההגבלה.

68. על כן, ובהתאם לאמור לעיל, שגה בית משפט קמא משלא בחן את מהות ונפקות הפגיעות החוקתיות במבקשים, לאחר שתיבחן שאלת פינויים וביטול הרשות בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. לבחינה כאמור נפנה עתה.

שיקולי צדק: אף רשות שלא בתמורה בלתי הדירה

69. המשכה הישיר של השאלה שלעיל, בדבר סווגה של הרשות, הוא, האם אף כאשר הרשות ניתנת שלא בתמורה, יכולים שיקולי הצדק להוביל למסקנה כי הרשות אינה הדירה ואיננה ניתנת לביטול בנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון?

70. המבקשים יטענו, כי גם אם אין המדובר בתמורה שבית המשפט מוכן לקבל, הרי שבנסיבות העניין, אף רשות שאינה בתמורה, יכולה להיתפס כרשות שאיננה ניתנת לביטול, וזאת בהתאם לשיקולי צדק שהיה על בית משפט קמא לשקול (ראו לעניין זה: ע"א 618/05 **דיאמנשטיין נ' מחלקת עבודות ציבוריות – מדינת ישראל**, (טרם פורסם, 21.3.2007); רע"א 2701/95 **כנעאן נ' גזאוי**, פ"ד נג(3) 151 (1999)).

71. פסק דינו של בית המשפט קמא התעלם כליל מקיומם של שיקולי צדק התומכים באי ביטול הרשות ואי פינויים מהמקרקעין של המבקשים ולא התייחס לסוגיה זו כלל. הלכה פסוקה היא, כי שיקולי צדק עשויים לשמש את בית המשפט בבואו להחליט על ביטול הרשות. כך למשל, בעניין **בצר** (ע"א 2836/90 **בצר נ' צילביץ**, פ"ד מו(5) 184, 198 (1992)) סירב בית המשפט העליון לבטל רישיון אשר ניתן למבקשים שהשקיעו ובנו במקרקעין את ביתם.

72. המבקשים יטענו, כי אין זה מן הצדק לפנותם מהמקרקעין בהם הם מתגוררים למעלה מ-55 שנים. אף בהנחה שהרשות שהוענקה למבקשים הייתה רשות חינוך, עדיין קיימים, בנסיבות העניין, שיקולי צדק כבדי משקל המונעים מהמשיבה לבטל את הרשות באופן חד צדדי, ואשר מכוחם יש לומר כי הרשות אינה הדירה.

73. המבקשים חוזרים ומדגישים, שהם בנו מרקם חיים שלם בכפר על סמך בקשת המדינה. תושבי הכפר, וביניהם המבקשים בנו בו מבנים של קבע והשקיעו רבות בטיפוח ופיתוח המקום הכל בידיעתה של המשיבה והסכמתה.

74. במקרה דנן, סילוק יד ופינוי אנשים כדוגמת המבקשים מבתיהם תגרום לפגיעה חמורה ונזק נפשי וכלכלי אדירים למפונים. ועל כן עומד למבקשים מוסד ה"השתק הקנייני". כך שבהחלט, אין לה למדינה בנסיבות העניין לתבוע לפינוי המבקשים, כאשר פעולה זאת תחריב את עולמם של אלה ומשפחותיהם ותפגע אנושות במרקם החברתי אשר השתמר משך עשרות שנים. תוצאה כזאת היא בלתי צודקת בעליל ועל כן מן הדין ומן הצדק לדחות בקשת הפינוי. (ראו לעניין: ע"א 7139/99 **יובל אלוני נ' אליעזר ארד**, פ"ד נח(4) 27, (2004); וכן מאמרה של נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24, 25-26 (1995)).

75. המבקשים יטענו, כי יש להבחין בין נסיבות המקרה דנן ממקרים בהם הרשות היא בקניין הפרט ולא בקניין ציבורי. עניין לנו בנסיבות היסטוריות אשר התחוללו בניצוחן של הרשויות ובניצוחן של אלה בלבד. למבקשים לא הייתה כל שליטה על היסטוריית המעבר שלהם מאדמותיהם לכפרם הקיים, למבקשים לא הייתה ברירה אלא לבצע את הוראות הממשל הצבאי, דהיינו, מדינת ישראל, ולעזוב את אדמתם, להימנע מלחזור אליה ולהימנע משימוש בה. למבקשים לא הייתה כל ברירה אלא להשקיע את כל אשר היה ברשותם ובנפשם לפתח את חייהם החברתיים כשבת, המשפחתיים, הכלכליים והתנאים הפיזיים בניסיון לשחזר את חייהם המסורתיים אחרי תהפוכות רבות אשר נגרמו אחרי שהוכרחו לעזוב את אדמתם.

פגיעה בזכויות חוקתיות:

מהות הפגיעה:

76. פסקי הדין של הערכאה הדיונית וזו של ערכאת הערעור התעלמו כליל מזכויותיהם החוקתיות של המבקשים ומהפגיעות העלולות להיגרם לזכויותיהם הללו כתוצאה מביצוע הפינוי. ההתייחסות היחידה בפסק הדין לזכויותיהם החוקיות של המבקשים בלטה על רקע קביעתו של בית המשפט בערכאה הדיונית לפיה, טענות במישור החוקתי אינן יכולות להוות הגנה מפני תביעות הפינוי. פסק הדין התעלם מהעובדה, כי המדינה הינה זו אשר יזמה את תביעות הפינוי וכי בשל כך פעולותיה היו אמורות להבחן באספקלריה החוקתית והמנהלית.

77. מעברם הכפוי של המבקשים למקרקעין כפי שתואר לעיל, וחלוף כ- 55 שנים של מגורים בכפר בתנאים קשים מצדיקים התייחסות מיוחדת והגנות יתר למבקשים שבית המשפט בערכאה הדיונית לא העניק. המבקשים יטענו, כי פינויים מהמקרקעין גורמת בהכרח לפגיעה קשה ביותר בזכויותיהם החוקתית: לשוויון, לקניין ולכבוד.

78. **פינוי המבקשים מהמקרקעין כאשר המטרה היא ליישב במקומם אזרחים יהודים הינה פעולה הנגועה באפליה פסולה ועל כן פוגעת בעקרון השוויון.** בנסיבות העניין, המשיבה העדיפה את האינטרסים של האזרחים היהודיים העתידיים של היישוב "חירף" על פני האינטרסים של המבקשים ויתר תושבי הכפר. העדפה זו פסולה היא שכן בבסיסה עומד נושא ההשתייכות הלאומית ולא אף שיקול ענייני אחר. אחרת, איך אפשר להסביר את רצונה המוצהר של המשיבה להקים על המקרקעין ישוב חדש שיקלוט אזרחים יהודיים במקום לכלול את הכפר שקיים מעל ל- 55 שנים במסגרת התכנונית הקיימת של האזור? אי הכללת הכפר במסגרת התכנונית של האזור עת שניתן היה לעשות זאת הינה אפליה הנובעת משיקולים שאינם ענייניים, ועל כן פוגעת אף היא בעקרון השוויון.

79. שקלול ראוי של האינטרסים היה מוביל בהכרח להעדפת זכויותיהם של המבקשים ושאר תושבי הכפר על פני זכויותיהם של אזרחים שאף זהותם טרם נודעה! מעבר לצורך בתיקון העוול ההיסטורי שהתבטא בטלטלה שחוו המבקשים בהעברתם ממקום לאחר בין השנים 1948-1956, כאזרחים שווי זכויות המשיבה אמורה הייתה להתחשב באינטרס הלגיטימי שלהם. שקילה ראויה של האינטרסים בנסיבות המקרה, בהכרח הייתה מובילה להכללתו של הכפר במצב התכנוני של האזור והכשרת הבנייה שבו ולא פינויו.

80. המסקנה היחידה המתבקשת היא, כי המשיבה הפרה חובתה כרשות ציבורית לנהוג בשוויון כלפי כלל אזרחיה. חובה זו רחבת היקף היא ומשתרעת גם להקצאתם של משאבים העומדים לרשותה. חובתה של הרשות לנהוג בשוויוניות בכל תחומי פעילותה מקבלת משנה חשיבות ותוקף עת שמדובר באוכלוסייה הערבית במדינה (ראה בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 17.6.07), ראה גם בג"צ 1113/99 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 170, 160 (2000)).

81. ובעניין **קעדאן**, קבע בית המשפט העליון, כי החלטה של רשויות המנהל להקים יישוב ליהודים בלבד, "היתה פוגעת בתכלית (הכללית) המונחת ביסוד סמכותו של המינהל, והיא הגשמת השוויון...נמצא, כי החלטה כזאת, לו היתה מתקבלת, היתה בלתי חוקית" (בג"צ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 278-279 (2000)).

82. **זאת ועוד, מעמדם של המבקשים במקרקעין כברי רשות נחשב לזכות קניינית במובן סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן ראויה היא להגנה.**

83. המעבר לכפר בהוראת המשיבה מלפני יותר מ- 55 שנים, ההשקעה רבת השנים בו על ידי בניית בתים, פיתוח תשתיות וחיי חברה וכלכלה, וכן ציפייתם והסתמכותם הלגיטימית להישאר במקרקעין באופן תמידי, כל אלה משכללות זכות קניינית חוקתית הראויה להגנה.

84. פינוי המבקשים מהמקרקעין **יפגע קשות גם בזכותם החוקתית של המבקשים לכבוד המעוגנת אף היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. בנסיבות העניין, ובהתחשב בטלטלה ההיסטורית אותה המבקשים עברו, פינויים למקום "חדש" נוסף ישלול כל ערך לחיי המשפחה והחברה שלהם, ישלול כל ערך לאנושיותם, וכן יפגע באישיותם. ההחלטה לפנות את המבקשים ויתר תושבי הכפר, בהעדרו של אינטרס וצידוק ציבורי חיוני, מיידי ומובהק, משאירה את המבקשים עם תחושה כבדה שהיחס אליהם הוא כאל חפצים שניתן בנקל להעבירם ממקום למקום ללא לקיחה בחשבון את יחסם וקשריהם ההדוקים לאותו מקום, את ההשלכות חברתיות, המשפחתיות והכלכליות לנושא זה. בהקשר זה, יפים דבריו של בית המשפט העליון בעניין **חוף עזה** לפיהם נקבע:

"יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית 'עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו' (בג"ץ 5688/92 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2) 812, 827, מפי השופט א' ברק). באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי 'המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו' (דני"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1), 48, 95-96). ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות 'להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה' (ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים 'כרמל'**, חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570). בהתייחסו לתוכנה של זכות זו קבע השופט אור: 'זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה, במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה שערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של

כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות הבחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו (שם, עמ' 570, 571).

[...]

אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה.

בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 561-562 (2005).

האם הפגיעות הנ"ל עומדות במבחני פיסקת ההגבלה?

התכלית הראויה

85. העדר התייחסות לפגיעות בזכויות החוקתיות של המבקשים כתוצאה מהפינוי והקביעה לפיה טענות במישור החוקתי והמנהלי אינן יכולות לשמש הגנה כנגד תביעות הפינוי משעות, הלכה למעשה, את תחולת הטיעונים החוקתיים והמנהליים באשר לאקט פינוי המבקשים מהכפר.

86. השעיה כזו מוטעית וחסרת בסיס משפטי היא. ראשית, לא מדובר בסכסוך בין פרטים לבין עצמם. המשיבה הנה צד ישיר לסכסוך אשר היא בעצמה יצרה ועל כן אי אפשר להשעות תחולת המשפט המנהלי והחוקתי. פעולה מנהלית, ככל מעשה חקיקה כפופות לביקורת שיפוטית באספקלריה של המשפט החוקתי.

87. הלכה פסוקה היא שכל חקיקה ראשית או מעשה מינהלי חייב לשרת תכלית ראויה. תכלית מסוימת לא יכולה להיות ראויה באם היא לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם, מתעלמת מזכויות חוקתיות, ואם היא לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים (ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005)).

88. זאת ועוד, פינוי המבקשים ויתר התושבים מכפרם אינה לתכלית ראויה מאחר והיא פוגעת בזכויותיהם כילידים. פינוי זה מנוגד להצהרה בדבר זכויותיהם של מיעוטים ילידים אשר התקבלה בעצרת הכללית של האו"ם בספטמבר 2007 (להלן: "ההצהרה") וכן להמלצות רבות של ועדות האו"ם השונות בקשר לאוכלוסייה הבדווית בנגב. ההצהרה קובעת את זכותם של המיעוטים הילידים, כקבוצה וכפרטים, ליחס שוויוני מצד המדינה בה הם אזרחים, בדומה לשאר האזרחים החיים בה (סעיפים 1 ו-2 להצהרה). בתוך זה, ההצהרה מפנה למשפט הבינלאומי לזכויות האדם, לאמנת האו"ם, ולהצהרה האוניברסאלית לזכויות האדם. בנוסף, ההצהרה אוסרת על מדינות מפני פגיעה בייחודיות התרבותית של המיעוטים הילידים החיים בהן. לשם כך, קובע סעיף 8 בהצהרה כי אסור שהמדינה תפעל לנטילת זכויותיהם של מיעוטים ילידים בטריטוריות בהן הם חיים, דרך הפקעת אדמותיהם או פגיעה במקורות המחיה שלהם. בנוסף לכך, ההצהרה אוסרת על העברה בכפייה של אוכלוסיות מיעוטים ילידים, ממקום בו הם חיים למקומות אחרים באופן שיחתור תחת זכויותיהם.

89. בהתאם, פינוי המבקשים ושאר תושבי הכפר תגרום להפרה בוטה לזכויותיהם כילידים. התוכנית תביא לנישול בני השבט מזכויותיהם לקניין ולשימוש בכפרם, תביא להעברת בני השבט ממקום מושבם משך תקופה ארוכה ביותר, תכפה עליהם דפוסי חיים ומהלכים חברתיים אשר אינם רצויים ואינם מקובלים עליהם ותביא להתפוררות המבנה החברתי הקיים בקרב בני השבט.

90. יוצא, אפוא, כי פינויים של המבקשים מהכפר לאחר ישיבה ממושכת בו לאורך זמן בהסכמתה ובהרשאתה של המשיבה ובהעדרו של אינטרס מובהק בבסיס הפינוי, בהכרח אינה לתכלית ראויה.

מבחן מידתיות

91. **מבחן הקשר הרציונאלי:** באם המטרה של פינוי המבקשים ואחרים מהכפר היא פיתוח המקרקעין למגורים, נמצא כי אין שום קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה! בהקשר זה, נשאלת השאלה מדוע לא ניתן לפתח את האזור למגורים ללא פינוי המבקשים ויתר תושבי הכפר? מדוע לא לכלול הכפר הקיים מזה יותר מ- 55 שנים במצב התכנוני של האזור?

92. יתרה מכך, בהנחה שהתכלית מאחורי הפינוי היא ריכוז האוכלוסייה הערבית בדווית בנגב, תכלית זו איננה יכולה להיות תכלית העומדת בפני עצמה. הרי בסופו של תהליך, עניין לנו בחלוקת משאבי קרקע לכלל האזרחים במדינה אשר אמור להיות מושגת לא רק על עקרונות השוויון אלא גם על עקרונות החלוקה הצודקת של משאב הקרקע. ואם בכך עסקינן אז ודאי לא יכול להיות קיים כל קשר רציונאלי בין פינוי הכפר עתיר/אום אלחיראן מתושביו לבין תכלית זו.

93. **מבחן האמצעי שמידת פגיעתו פחותה:** פינוי המבקשים מכפרם הנו האמצעי אשר מידת פגיעתו בזכויות חוקתיות של המבקשים הינה הקשה ביותר. חרף קיומן של חלופות כגון הכשרת הבנייה בכפר על פי המצב התכנוני הקיים בפועל בשטח, והכשרת הבנייה במסגרת תוכניות המתאר הקיימות באזור. חלופות אלה, ככל הנראה, לא נבחנו כלל וכלל על ידי המשיבה.

94. בחקירותיהם הנגדיות, עדי המשיבה ציינו כי המצב התכנוני הקיים באזור איננו רלוונטי לשיקוליהם וכי הם אף לא שקלו כלל אפשרות הכשרת המצב הקיים בכפר במסגרת תוכניות המתאר של האזור. לחשיבות הנושא, נביא קטע רלוונטי מעדותו של עד התביעה מר אילן ישורון, כי:

”אני מעודכן באופן כללי לגבי תכניות המתאר. אני לא מלווה את התוכניות האלה אבל ממה ששמעתי ישנו יישוב באזור יתיר שנקרא חירן אבל זה לא קשור אלינו. מדברים על תכנון היישוב. [...] האחריות שלנו היא טיפול בסוגיית הבדווים באותה פזורה [...] המינהלה לא שקלה אפשרות של הכשרת המגורים הקיימים בפזורת נחל יתיר במסגרת תוכנית המתאר של האזור.” (פרוטוקול הדיון בבית משפט השלום מיום 25.2.2007 עמ' 4).

95. דהיינו, למרות ייעוד האזור כאזור לפיתוח למגורים על פי תוכניות המתאר, לא ראתה המשיבה לנכון לבחון אפשרות של הכשרת המצב הקיים בשטח הכפר במסגרת המצב התכנוני

הקיים והעדיפה את האופציה הפוגעת בזכויות יסוד של המבקשים ולבקש את סילוק ידם בטענה לא נכונה של השגת גבול.

96. **המבחן הצר**: מבחן זה קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המנהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. היינו, המבחן הזה יוצא מתוך הנחות שלפיהן, כל טיעוני הרשויות הינן מבוססות, לתכלית ראויה, ולאחר שנשקלו כל החלופות. עם זאת, המבחן הזה בודק, האם בכל זאת, ראוי שמדינה דמוקרטית תנקוט בצעד המבוקש? האם הנזק לערכים הדמוקרטים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של ההחלטה המנהלית או החקיקה הראשית.

97. לענייננו, האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם כדאי לפנות אזרחים ממקום מושבם בו הם מתגוררים למעלה מ- 55 שנים בשם תכנון חדש ומודרני אשר האינטרס הציבורי שבו אינו ברור מאליו ואיננו כה מובהק?

98. ערכי השיטה המשפטית אינם סובלים פינני כפר ומחיקתו מעלי אדמות, אינם סובלים מחיקת היסטוריה בת 55 שנים של יישוב, אינם סובלים השלכת משפחות אל הרחוב, אינם סובלים פגיעה בילדים, אינם סובלים יצירת טראומה לתושבים על לא עוול בכפם ואינם סובלים פינני בנקל.

99. לא זו אף זו, לבסוף התובעת כן מעוניינת לאכלס את השטח אותו היא מבקשת כיום לפנות, אך אין היא מעוניינת בהשאת האוכלוסייה הערבית באזור. דהיינו, וכאמור, התובעת מעוניינת בפינוי האזור מתושביו הערבים על מנת להביא לאותו אזור אוכלוסייה אחרת, כביכול יהודית.

100. התוצאה המעשית של פינוי אוכלוסיית אזרחים מסוימת על מנת לאכלס אוכלוסיית אזרחים אחרת הנה קשה ביותר אשר הלכה למעשה מהווה ומיישמת מדיניות הפרדה על רקע לאום ו/או דת אשר מזכירה משטרים אפלים שחלפו מן העולם, כמו דרום אפריקה בתקופת האפרטהייד.

101. הנה כי כן, החלטת המשיבה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, היא לא נשענת על חקיקה ראשית המבקשת פינוי לתושבים, היא לא לתכלית ראויה, והפגיעה בזכויות החוקתיות הינה מעל הנדרש, היינו לא עומדת בתנאי מבחן המידתיות.

לאור כל המקובץ לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבל את בקשת רשות הערעור דנן ולהתיר למבקשים להגיש ערעור כמבוקש. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות משפט.

סוהאד בשארה, עו"ד

חסן גיבארין, עו"ד

ב"כ המבקשים

חיפה, 18.4.2011