

במקום - מתכננים למען
זכויות תכנון

רח' עזה 36, ירושלים 92382
טל: 02-5669655
פקס: 02-5660551



עדאלה - המרכז
המשפטי לזכויות
המיעוט הערבי בישראל

ת"ד 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610
פקס: 04-9503140

21/12/2011

לכבוד
מר אבי הלר
יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה
מחוז דרום, משרד הפנים
רח' התקווה 4
באר שבע - 84100

שלום רב,

הנדון: התנגדות מטעם תושבי הבכפר הבלתי מוכר עתיר ועמותת במקום

תכנית מפורטת מס' 264/03/11 "יער יתיר"

המתנגדים

- | | |
|-----------|------------------------|
| 065905499 | 1. אבו אלקיעאן טאלב |
| 026427484 | 2. קיעאן בגיס פרהוד |
| 308116722 | 3. אבו אלקיעאן גיואד |
| 026481929 | 4. אבו אלקיעאן פרהוד |
| 059558080 | 5. אבו אלקיעאן אסמאעיל |
| 059558049 | 6. אבו אלקיעאן עלי |
| 301575585 | 7. אבו אלקיעאן פתחי |
| 028184521 | 8. אבו אלקיעאן מוחמד |
| 311271670 | 9. אבו אלקיעאן נור |
| 031428287 | 10. אבו אלקיעאן גאבר |
| 057557985 | 11. אבו אלקיעאן גברין |
| 059558056 | 12. אבו אלקיעאן חליל |
| 300986197 | 13. אבו אלקיעאן מדחת |
| 037249224 | 14. אבו אלקיעאן תאופיק |
| 302991880 | 15. אבו אלקיעאן יאסר |
| 026134726 | 16. אבו אלקיעאן עמר |

056873243	17. אבו אלקיעאן בסמה
066742917	18. אבו אלקיעאן ג'ואהר
204418214	19. אבו אלקיעאן סוהיים
033505611	20. אבו אלקיעאן נוף
053851291	21. אבו אלקיעאן אמנה
011714136	22. אבו אלקיעאן כותר
203443486	23. אבו אלקיעאן נדה
300134624	24. אבו אלקיעאן נג'את
203722368	25. אבו אלקיעאן הודא
312583339	26. אבו אלקיעאן סחר
312612195	27. אבו אלקיעאן סברין
203721790	28. אבו אלקיעאן דיאנה
200283844	29. אבו אלקיעאן ראודה

30. במקום – מתכננים למען זכויות תכנון

מבוא

1. תכנית מפורטת מס' 264/03/11 "יער יתיר" (להלן: "התוכנית") מבקשת להקים יער באזור הכפר עתיר. לשם קיום יעדיה, מבקשת היא להרוס כפר שלם המאכלס כ- 500 תושבים ולנטוע על חורבותיו יער.
2. התכנית משאירה את אופציית הריסת בתי המתנגדים ומעברם מאזור מושבם במשך 55 השנים החולפות כפתרון יחיד לדיור תושבי עתיר, תוך כדי פגיעה בזכויות יסוד של המתנגדים לקניין, לכבוד ולהליך הוגן. עורכי התכנית ומוסדות התכנון לא בדקו חלופות שאינן פוגעות בזכויות יסוד של תושבי עתיר. הכרה במתחם ומתן מענה תכנוני להסדרת מעמדו של הכפר, יכולים למנוע פגיעה בזכויות יסוד של תושביו כפי שנמנו לעיל. על כן ראוי היה אם עורכי התכנית היו שוקלים אפשרות כזאת.
3. התכנית הנה בלתי סבירה באופן קיצוני, בלתי מידתית וגורפת משום שאיננה עושה הבחנה כלשהי על בסיס המצב הקיים בשטח, זכויות היסוד החוקתיות של תושבי האזור והצורך למצוא פתרון תכנוני הולם. התוכנית מגשימה, הלכה למעשה, מדיניות של ריכוז האוכלוסייה הבדווית בישובים מועטים. לשם כך האוכלוסייה הערבית שמתגוררת במקום מזה יותר מ-55 שנים מתבקשת לעזוב את האזור לטובת ייעור.

המתנגדים

4. המתנגדים 1 עד 29 הנם בני שבט אבו אלקיעאן תושבי מתחם עתיר בכפר הבלתי מוכר אום עתיר/ אלחליראן. המתנגדים רואים בכפרם את ביתם היחיד, והם רוצים להמשיך ולקיים

יחד חיי קהילה בכפרם, ולהתגורר תחת קורת גג בטוחה ולקבל שירותים בסיסיים וזכויות שוות כמו כל אזרח אחר במדינת ישראל.

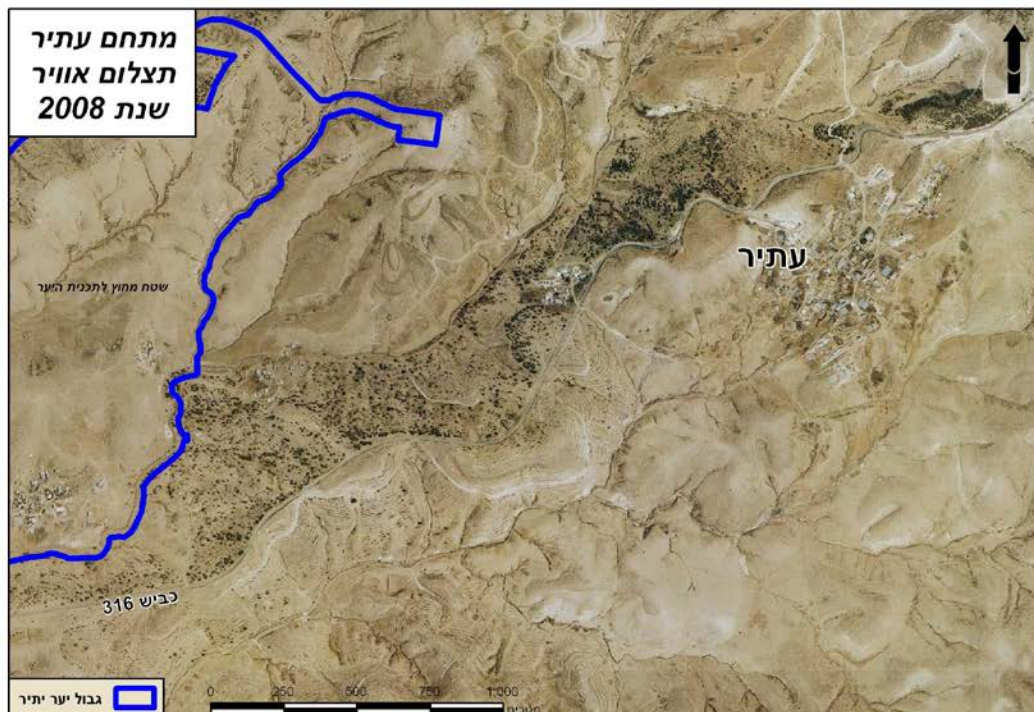
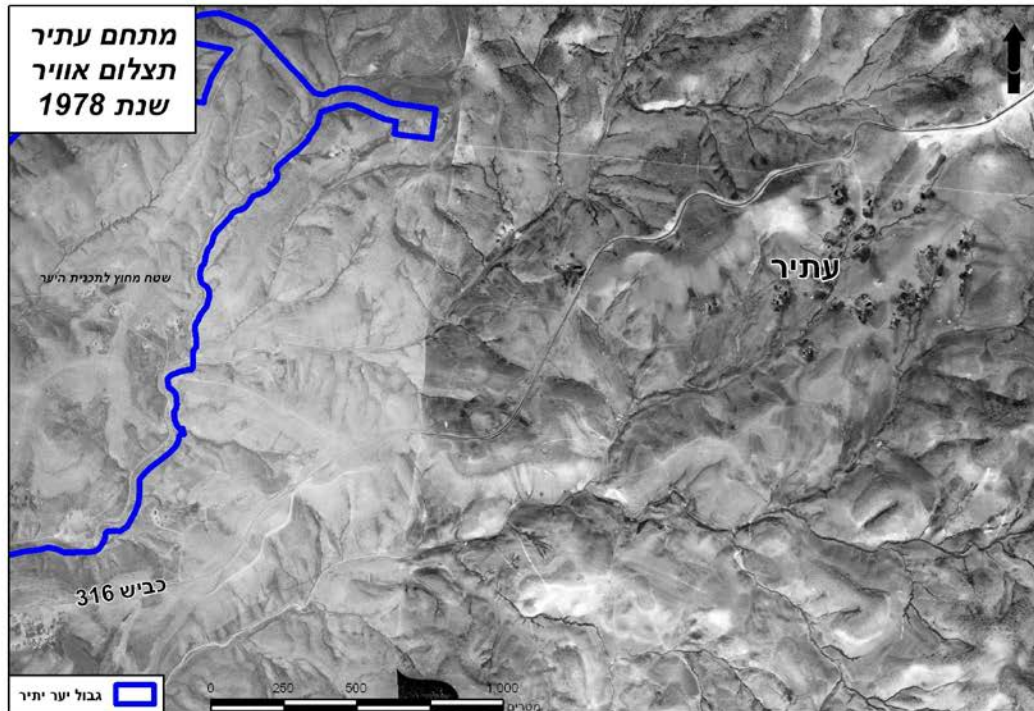
5. מתנגדת מס' 30, עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון, הנה עמותה אשר הוקמה בשנת 1999 על ידי מתכננים/ות ואדריכלים/ות, אשר שמו להם למטרה לחזק את הקשר בין זכויות אדם ומערכות התכנון במדינת ישראל. עמותת במקום פועלת עם ולטובת אוכלוסיות וקהילות הנתונות בעמדת מוחלשת מקצועית, כלכלית או אזרחית. במהלך שנות פעילותה של העמותה, עמדה הקהילה הערבית-בדווית בנגב במרכז עשייתה במטרה לקדם את ההכרה התכנונית בכפרים הבלתי מוכרים, והתאמת התכנון המרחבי לצורכי הקהילה הערבית בדווית. עמותת במקום הינו גוף מקצועי אשר מתנגד לתכנית הנדונה מתוך ראייה תכנונית ציבורית.

רקע היסטורי

6. עתיר הנו מתחם אחד מבין שני מתחמי הכפר הבלתי מוכר עתיר/אום אלחיראן הממוקם באזור נחל יתיר מצפון-מזרח לשוב חורה (להלן "עתיר"). בעתיר מתגוררים כיום כ- 500 תושבים, כולם בני שבט אבו אלקיעאן. אופי הבנייה בכפר תואמת את אורח החיים הכפרי-מסורתי של בני שבט אבו אלקיעאן.
7. מתחם עתיר נמצא כ- 7.5 ק"מ מצפון-מזרח לעיירה חורה, מדרום לכביש 316 העולה לכיוון יער יתיר, והבנייה בו הינה מגובשת וסביב למוקד אחד.
8. עד לשנת 1948, התגוררו בני שבט אבו אלקיעאן באזור ואדי זובאלה (כיום אדמות המוקצות לקיבוץ שובל). בני שבט אבו אלקיעאן התגוררו באזור ואדי זובאלה למשך תקופה ארוכה, בנו שם את כפרם ועיבדו אדמות שבבעלותם לצורכי מחיה.
9. אחרי הקמתה של מדינת ישראל בשנת 1948 התבקשו בני השבט על ידי הממונים בממשל הצבאי, לעזוב את אדמותיהם ולעבור לאזור ח'רבת אלהווייל. מאז הפינוי מאדמותיהם לא הותר להם לחזור לאזור ואדי זובאלה לכל מטרה, מלבד באופן חד פעמי, מיד אחרי הפינוי, לצורך קציר. לאחר מכן, התבקשו שוב בני השבט על ידי הממונים בממשל הצבאי, לעבור מאזור ח'רבת אלהווייל לאזור ג'גילי (כיום קיבוץ להב), כוחלה ואבו כף.
10. בשנת 1956, משביקשו בני השבט לחזור לאדמותיהם, נאסר עליהם לעשות כן על ידי הצבא. הממשל הצבאי ביקש אז מבני השבט אבו אלקיעאן לעבור באופן סופי וקבוע לאזור יער יתיר של היום. על כך מעיד בין היתר, מסמך פנימי מיום 28.8.1957, שהוגדר כסודי עד לאחרונה, מטעם מר לובראני מלשכת ראש הממשלה ולשכת היועץ לענייני ערבים. מסמך זה התייחס לשאילתא בממשלה בנושא פלג השבט הבדואי אלקואעין. במסמך זה, פורט, בין היתר, כי בני שבט אלקואעין [אבו אלקיעאן], הסכימו "להעתיק את מקום מגוריהם לסביבות עתיר" וכי הם "קיבלו בחכירה קרקע מאדמות המדינה בהתאם לנוהל של משרד החקלאות, והנם מעבדים אותם."

מצ"ב העתק המסמך מגנזך המדינה כנספח א'.

11. במעבר לאזור יער יתיר מנה שבט אבו אלקיעאן כ- 200 נפש. השטח אליו הועברו בני השבט באזור יער יתיר תוחם כדלקמלן: ממזרח, אדמות אבו רביעה; ממערב, אדמות אלעביד (אבו בלאל); מצפון הגבול עם ירדן; מדרום, אלאפינש. בתוך אותו אזור הותר לבני השבט לגור, לרעות ולעבד כ-7,000 דונם אשר הוחכרו לשייח' השבט פרהוד אבו אלקיעאן.



מפה מס' 2
התנגדות לתכנית מס' 264/03/11
מתחם עתיר בכפר עתיר/אם אלחיראן
 במקום
 بمكوم
 BIMKOM

21. בני שבט אבו אלקיעאן התיישבו באזור יער יתיר בהתאם לפריסה שהתאימה להם לפי ראשי המשפחות, ובכך הקימו את שני המתחמים שמרכיבים את הכפר עתיר/אום אלחיראן. מאז הקמתו של הכפר מזה יותר מ- 55 שנה, השתקעו בני השבט במקום, בנו את בתיהם ופיתחו את הכפר אשר מהווה עבורם את ביתם היחיד. בין היתר הכשירו שבילים ודרכי עפר, הגדירו אזורים לבניה, חפרו בארות לאיסוף מי גשמים, בנו מאגרים לאיסוף מים לשימושים חקלאיים וכד'. בני שבט אבו אלקיעאן עיבדו את הקרקעות החקלאיות אשר הועמדו לרשותם במשך כ-30 שנה עד לסוף שנות השמונים, עת הפסיק מינהל מקרקעי ישראל להחכיר אדמות חקלאיות לבני השבט.

31. יצוין, כי בתחילת שנות השבעים, עם ההכרזה על תחילת הליכי הסדר קרקעות באזור שובל, הגישו בני השבט תזכירים עם תביעות בעלות על קרקעותיהם באזור ממנו התבקשו לצאת בשנת 1948. כיום כאמור, חלק מהאדמות שנתבעות על ידי בני שבט אבו אלקיעאן מוקצות לקיבוץ שובל. כמו לגבי תביעות בעלות רבות אחרות, הליך הברור טרם הסתיים.

41. כנגד תושבי עתיר, תלויים ועומדים כיום הליכים משפטיים לפינוי הכפר. בחלק מהתביעות¹ ניתן פסק דין בבית משפט השלום בבאר שבע אשר קבע, כי הנתבעים (המתנגדים) הנם ברי רשות בקרקע, שכן העתקת מקום מגורי הנתבעים למיקום הנוכחי לפני עשרות שנים נעשה ברשות ואף בדרישת הרשויות המוסמכות. יחד עם זאת קבע בית המשפט הנכבד כי עניין לנו בבני רשות ללא תמורה הדירה ועל כן הורה על פינוי הנתבעים.

51. במסגרת ערעור על פסק הדין לבית משפט המחוזי בבאר שבע, חזר בית המשפט הנכבד על הקביעה כי מדובר בבני רשות ללא תמורה הדירה. יצוין, כי בית המשפט מתח ביקורת חריפה על אופן התנהלות המשיבה והדרך בה נוסחו כתבי התביעה כנגד הנתבעים באומרו, כי:

"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 כהויתן, ולא שיקף את המציאות המורכבת ואת הנסיבות הלא שיגרתיות, שפסק הדין קמא קובע [...] על הצגת הדברים בצורה לא שלמה ומדוייקת בכתב התביעה, יש להצר."²

מצ"ב העתק פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע כנספח ב'.

61. כיום תלויים ועומדים תיקים אלה בפני בית המשפט העליון במסגרת בקשות רשות ערעור³ התיקים קבועים לשמיעת טיעוני הצדדים ליום 13.7.2012. שאר תביעות הפינוי כנגד תושבי עתיר טרם נידונות בבתי המשפט והם קבועים לקדם משפט ראשון, בבית משפט המחוזי בבאר שבע, במרץ 2012.

¹ ת"א 3341/04 מדינת ישראל נ' עטווה עיסא אבו אלקיעאן ואח' ו- ת"א 3326/04 מדינת ישראל נ' אברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח'. שאר תביעות הפינוי טרם נידונו והן קבועות לדיון מקדמי במרץ 2012.

² דבריו של כב' השופט אריאל אגו בעמ' 7 לפסק הדין, נספח ב'.

³ רע"א 3094/11 איברהים סרהוד אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל

הליכים תכנוניים תלויים ועומדים

71. נכון לעכשיו, תלויה ועומדת באזור תכנית מתאר מחוזית חלקית מטרופולין באר שבע - תמ"מ 23/14/4. התוכנית נמצאת בשלבים של מתן החלטות בהתנגדויות על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבניה.

81. במסגרת התנגדויות אשר הגישו תושבי עתיר לתוכנית המטרופולין, המליצה החוקרת אשר מונתה לדון בהתנגדויות, עו"ד תלמה דוכן, על הכרה בעתיר בזו הלשון: "בתשריט יעודי הקרקע להוסיף סימבול של ישוב כפרי במתחם עתיר שתכנונו המפורט יאפשר הרחבתו באמצעות שכונה צמודת דופן עבור תושבי מתחם אום אלחיראן." המלצות החוקרת אומצו על ידי הולנת"ע ביולי 2010, ואף הוכנה טיוטא לשינוי המצב המוצע בתשריט תוכנית המטרופולין.

מצ"ב העתק הפרוטוקול מיום 20.7.2010 של הולנת"ע כנספח ג'.

91. בנובמבר 2010, ובעקבות בקשה לדיון חוזר אשר הוגשה מטעם משרד ראש הממשלה, ועד כמה שידוע לנו, הולנת"ע חזרה בה מההחלטה הנ"ל וביטלה את ההכרה. המתנגדים טרם קיבלו לידיהם החלטה סופית בעניין, ומכל מקום, הנושא יהיה כפוף לביקורת שיפוטית ברגע קבלת ההחלטות סופית בעניין מטעם המועצה הארצית לתכנון ולבניה כאמור.

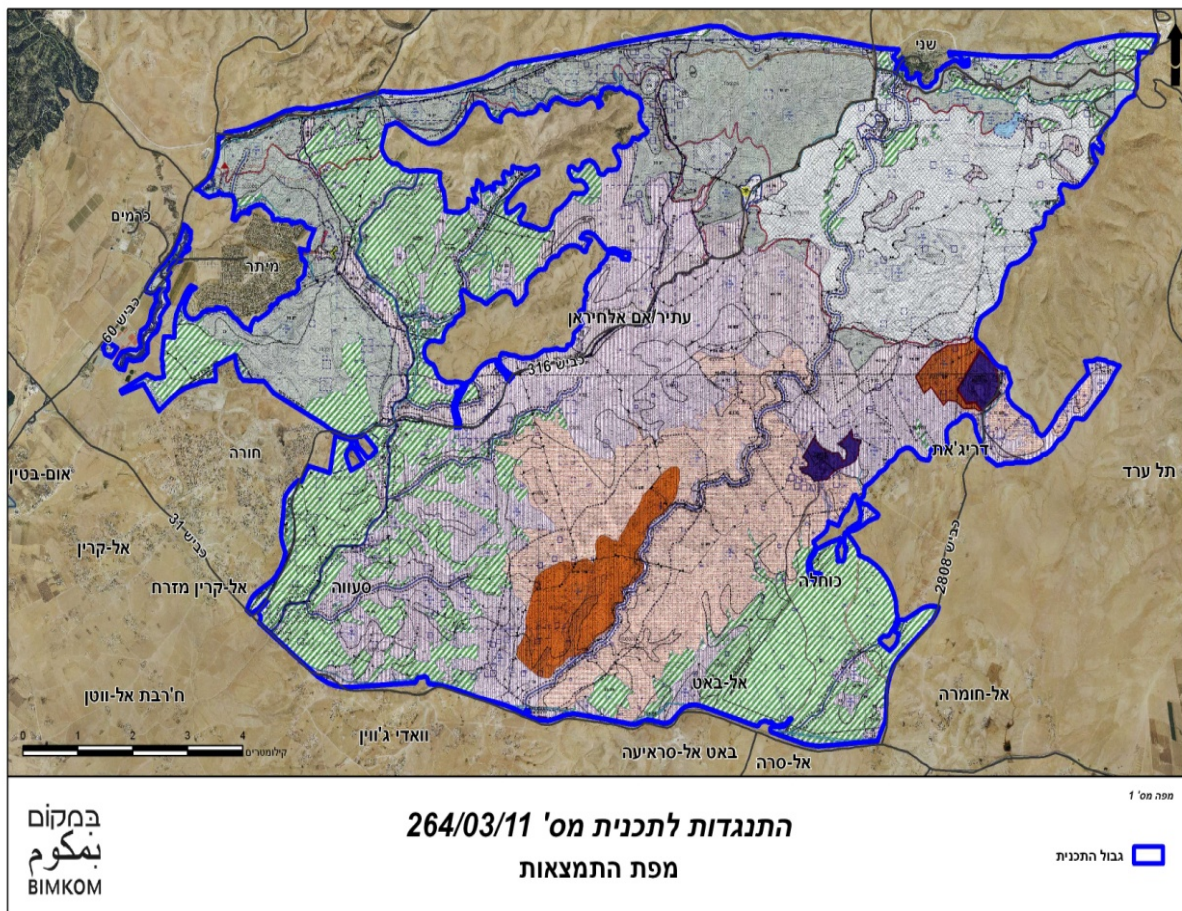
התייחסות תוכנית המתאר למתחם עתיר – אזור להריסה

02. התוכנית המופקדת משתרעת בין כביש 31 בדרום וגדר הפרדה מצפון; ובין הישוב מיתר במערב והישוב דריג'את במזרח ומקיפה שטח מאוד רחב של קרוב ל-124,500 דונם. לאור זאת מאפייני השטח משתנים ממקום למקום, מרום של כ-1,000 מ' בצפון-מזרח ועד לכ-300 מ' בחלקה המערבי של התכנית. שלושה רכסים חוצים את שטח התכנית בכיוון צפון-מזרח - דרום-מערב: הרי יתיר בצד המערבי, הרי ענים במרכז והרי עירא קרוב לגבול המזרחי של התכנית המוצעת. מתוך סך הכול שטח התכנית, כ-87,500 דונם מוגדרים כיערות מסוגים שונים: יער נטע אדם קיים, יער נטע אדם מוצע, יער פארק קיים, יער פארק מוצע, יער טבעי לשימור; ואילו יותר מ-30,000 דונם מיועדים לחקלאות. התכנית מבקשת להגדיר בצורה מפורטת את גבולות היערות השונים במרחב אשר נקבעו במסגרת תמ"א/22, תוך עריכת שינויים רבים בגבולות בין היערות. לצורך זה מבקשים עורכי התכנית לגרוע חלק משטחי היערות שנקבעו במסגרת תמ"א/22 ולהוסיף שטחי יער חדשים.

12. התוכנית הנדונה מבקשת להקים יער נטע אדם על גבי אזור עתיר המיושב, לבקשת המדינה, מזה עשרות שנים. על אף היותו של האזור מיושב, התוכנית לא מצאה לנכון לקחת את העובדה הנ"ל בחשבון ולהוציא את האזור המיושב משטחה כלל. כך, בתיאור המצב הקיים לפי התוכנית, מוצג אזור עתיר כאזור ריק מכל אדם וחפץ וקיומה של אוכלוסייה המונה כ-500 תושבים בעתיר לא בא לידי ביטוי כלל וכלל.

22. סעיף 6.2 להוראות התוכנית מתיר לוועדה המקומית לתכנון ולבנייה (במקרה זה, הוועדה המחוזית בתפקודה כוועדה מקומית) להורות על הריסת מבנים קיימים בשטח התכנית, במידה והדבר יידרש "לשם מימוש התכנית". מכיוון שבהוראות התכנית אין כל הנחייה לגבי עתידם של האנשים המתגוררים במבנים אלה, התכנית מתירה, למעשה, להרוס את בתיהם של התושבים הערבים בדואים המתגוררים בשטחה כדי ליצור יערות, מבלי לבחון אפשרות של הכרה בכפר ומתן מענה תכנוני למצב הקיים בפועל בשטח.

32. המסקנה המתבקשת היא, כי התוכנית מעדיפה יער על פני זכויותיהם החוקתיות של המתנגדים ומבקשת לעקור כפר שלם על מאות תושביו, על מנת לנטוע במקומם עצים.



התוכנית אינה נשענת על תשתית עובדתית ראויה:

42. המסקנה החד משמעית מהדברים לעיל היא, כי ההחלטה להפקיד את התוכנית ולייעד כפרם של המתנגדים לייעור נעשתה מבלי לערוך בדיקה מקיפה ועניינית של כלל העובדות הרלוונטיות בשטח ולעובדות המקצועיות הרלוונטיות באשר לתכנונו של האזור.

52. המחדל של רשויות התכנון מתייחס לאי בדיקה עניינית ושלמה למסכת העובדתית שביסוד קבלת ההחלטה בדבר הפקדת התוכנית, הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בהחלטה

החורצת את עתידם של תושבי עתיר לפינוי והריסת בתיהם, עוד בטרם התבררו זכויותיהם להמשך השימוש בקרקע.

62. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מנהלית שהתקבלה ללא בירור כלל העובדות הנוגעות לעניין, אלא על יסוד תחושה בעלמא, או שבגלל שדעת הרשות נחושה להשיג תוצאה מסוימת ללא תשתית עובדתית ראויה ושלמה, 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 (1983).

ראה לעניין זה גם:

בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994).

72. סבירותה של החלטה תכנונית לרבות תוכנית מתאר נאמדת על פי העלאת השיקולים הרלוונטיים בנסיבות העניין ועשיית איזון ראוי וסביר ביניהם. פסיקה רבה פסלה החלטות של מוסדות תכנון מחמת חוסר סבירות. כך למשל בעניין **החברה להגנת הטבע**⁴ ביטל בית המשפט העליון תוכנית מתאר לכביש מאחר והועדה המקומית לא שקלה את הצורך בעריכת "תסקיר כללי" להשפעה על הסביבה והיות ואינטרסים סביבתיים לא באו לידי ביטוי בדיוני ועדות התכנון.

82. הנה כי כן, התוכנית הינה שרירותית ביותר, מאחר ואינה נשענה על תשתית עובדתית ראויה ונתונים רלוונטיים המצדיקים את הפקדתה ואת ההחלטה ליעד את הבניינים במתחם עתיר להריסה ובכך להביא לפינוי הקרקע מדייריה הערבים על מנת לנטוע במקומם עצים.

⁴עע"מ 9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, (טרם פורסם, ניתן ביום 5.5.08)

פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות

א. הפגיעה בזכות הקניין

92. המתנגדים יטענו, כי מעמדם כברי רשות וזכותם לשימוש בקרקעות אותם הן משמשות למגורים למשך עשרות שנים יוצרת זכות חוקתית לקניין לפי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התוכנית הנדונה שמבקשת לייער את כפרם, מהווה פגיעה קשה בזכותם החוקתית לקניין, במיוחד, ושוב, לאור קביעתו של בית המשפט במסגרת ההליכים האזרחיים שנקטה המדינה נגדם, כי הם בחזקת ברי רשות.
03. אין להכביר מילים על מעמדה של הזכות לקניין המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הפסיקה הכירה בהיבט הרגשי והאנושי של הזכות לקניין, אותו מבקשת התוכנית לבטל בריש גלי, תוך התעלמות מוחלטת מהזהות, ההיסטוריה והנסיבות הייחודיות של המתנגדים. יפים לעניי זה דברי בית המשפט הנכבד בעניין **מח'ול**, כדלקמן:

"הזכות לקניין, המוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר טבועים בה שני היבטים. היבט אחד הוא ההיבט הכלכלי, והאחר הוא ההיבט הרגשי. על ההיבט הרגשי כמאפיין את הזכות במקרקעין עמד פרופ' ויסמן באומרו: "בעלות במקרקעין מפתחת לעתים קרובות זיקה רגשית של בעל הקרקע כלפי הקרקע, נשוא הבעלות. דבר זה נובע, בין השאר, מכך שאין לך תחלף מלא לחלקת אדמה כלשהי... המשפט מתחשב בהיבט זה של המקרקעין ומשתדל שלא לנשל אדם ממקרקעיו, ושלא ליצור מצב שבו יאלץ בעל קרקע לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרקעין" (ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 15). (ההדגשה לא במקור)

בג"צ 2739/95 **מח'ול נ' שר האוצר**, פ"ד נ(1) 309, 317 (1996)

על מעמדה של זכות הקניין, ראו עוד:

- ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995); בג"צ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, נט(5) 368 (2005); בג"צ 2390/96 **קרסיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 625 (2001); יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (1995); יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" **משפטים** כח 535 (1997).

ב. פגיעה בזכות לכבוד

13. המתנגדים יטענו כי מטרת התוכנית לייער את בתיהם וכפרם כאשר המדינה היא זאת האחראית על יישובם בשטח בו בנו את בתיהם והשתקעו בו לפני למעלה מ-55 שנים, פוגעת לאין ספור בזכותם לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עקירת הכפר וייעור האזור על חורבותיו משמעם הלכה למעשה שלילת זכותם של המבקשים לדיור, וניתוקם מכל הסביבה שבה נולדו, גדלו והקימו בה חיי משפחה וחברה שמהווה עבורם מבצר ובית. על כן, ההתייחסות של התוכנית לבתים אלה כאל בנייני בטון שבנקל ניתן להרוס ולנטוע במקומם עצים, הינו פגיעה בצלם האנוש של המבקשים.

23. על הקשר שמפתח האדם עם סביבת מגוריו ועל הפגיעה האנושה בכבודו כתוצאה מניתוקו "בכוח" מסביבה זו, עמד בית המשפט העליון בעניין **חוף עזה** כדלקמן:

"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" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית, פ"ד נ (1), 48, 95-96). ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות "להחליט על מעשיו ומאוייו 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 בערכו 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 יעזובה 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).

33. יתירה מכך, הלכה פסוקה היא כי הזכות לדיוור הנה זכות חוקתית הנחשבת כחלק מזכות היסוד של האדם לכבוד. על חשיבותה של הזכות לדיוור כחלק מכבוד האדם וחירותו נקבע בפרשת **גמזו**:

"כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיוור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

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

ראה לעניין זה גם:

אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך 3 422-423 (1994)

ג. פגיעה בזכות להליך הוגן:

43. יתירה מזו, אישור התוכנית יכול לסכל את הגנתם של המתנגדים כנגד תביעות הפינוי אשר הוגשו כנגדם ואת תוצאותיו של ההליך התכנוני המתנהל במסגרת תוכנית המטרופולין, ואשר יכול ויביאו לפתרון בעייתו של הכפר עתיר בדרך צודקת וראויה המכבדת את זיקתם ההיסטורית של תושביו

למקום, וזאת מבלי להידרש לאמצעים קיצוניים כמו עקירת הכפר מהיסוד. הלכה למעשה, ההליך התכנוני הנדון, יכול וירוקן מכל תוכן כל הגנה אפשרית עבור המתנגדים בהליכים הנ"ל וירוקן מכל תוכן כל פסק דין אשר יכול ויקבל את טיעוניהם ולמנוע את פינויים. שכן, כל החלטה כנ"ל תהיה בלתי מעשית ובלתי ישימה מבחינה תכנונית.

53. בעניין **מנאע** סוכמה ההלכה בעניין הזכות החוקתית להליך הגון הכוללת בחובה את הזכות להשמעת טענות ואת זכות הגישה לערכאות, לאמור:

"כלל יסוד בשיטתנו המשפטית מורה כי רשות מינהלית תימנע בדרך-כלל, מהחלטה הפוגעת בזכות או באינטרס מוגן של אדם, קודם שהעניקה לו הזדמנות נאותה להשמיע את דבריו ולשטוח את טענותיו... ביסוד הכלל, עומדת חובתה של הרשות להתייחס בהגינות לאזרח, תוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים שיש להם רלבנטיות לצורך החלטה, כך שהצדק ייעשה וגם ייראה... ההזדמנות להשמיע טענות צריכה להיות הוגנת, בהתחשב במכלול נסיבות העניין... לכך יש להוסיף כי ככל שהפגיעה הצפויה באזרח חמורה יותר, כן רחבה זכותו להשמיע טענותיו."

בג"ץ 6824/07 ד"ר **עאדל מנאע נגד רשות המיסים**, פסקאות 42-43 לפסק הדין (פסק דין מתאריך 20.12.10).

התוכנית איננה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה

תכלית בלתי ראויה

63. הלכה פסוקה היא כי הפגיעה בזכויות חוקתיות הינה מותרת אם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ובראשן אם הפגיעה הינה לתכלית ראויה. הפסיקה קבעה כי תכלית שלא מעניקה משקל ראוי לזכויות האדם אינה תכלית ראויה. תכלית אשר מתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה. תכלית אשר לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים אינה תכלית ראויה. על מהותה של תכלית ראויה נקבע בפס"ד **חוף עזה** כדלקמן:

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

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

ראה לעניין זה גם: רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625 (1997); ע"א 524/88 **"פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות**, פ"ד מה(4) 529 (1991); אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003).

73. המתנגדים יטענו כי התוכנית הנדונה המבקשת לנטוע עצים על חשבון עקירת בני אדם, אינה מהווה תכלית ראויה. יער בכלל ויער נטע אדם בפרט, איננו יכול להוות תכלית העומדת בפני עצמה והגוברת על זכויות יסוד חוקתיות של אזרחים.

83. ודוק. אם תכליתה של התכנית להרחיב את שטחי היער הקיימים לשימוש ורווחת הציבור הרחב, הרי תכלית זו יכולה היא להתקיים גם ללא ייעור שטח כפרם של המתנגדים. התוכנית משתרעת על שטחים גדולים אשר נאמדים בכ- 87,500 דונם של יער מסוגים שונים, מתוכם כ- 24,770 דונם של יער פארק מוצע. כאשר באזור עתיר מדובר ביער פארק מוצע, הן על פי התכנית המופקדת והן על פי תמ"א/ 22. אנו סבורים כי הקטנת השטח המיועד ליער פארק מוצע בכדי לאפשר המשך קיומו של הכפר עתיר לא תפגע כלל וכלל בתכליות הנ"ל.

מבחן המידתיות

93. המבקשים יטענו, כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות לעיל הנה בלתי מידתית ומעל לנדרש. על עקרון המידתיות עמד הנשיא (דאז) ברק בפרשת **מועצת הכפר בית סוריק** כלהלן:

"עקרון המידתיות קובע, כי החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמתה של התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה. העקרון של מידתיות מתרכז, איפוא, ביחס בין המטרה אותה מבקשים להגשים לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. עקרון זה כללי הוא. הוא מחייב קונקרטיזציה. אכן, הן במשפט הבינלאומי, הדין בשיטות לאומיות שונות (הן ממשפחת המשפט המקובל (כגון קנדה) והן ממשפחת המשפט הקונטיננטלי (כגון גרמניה)), והן במשפט הישראלי, נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות".

בג"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 838-839 (2004).

04. ובהמשך לפסק דינו מפרט הנשיא (דאז) את שלושת מבחני המשנה לעקרון המידתיות:

"מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרתה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא".

בג"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 839-840 (2004).

14. כבוד הנשיא (דאז) ברק מוסיף ומציין לעניין זה, כי:

"רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שנקט על ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרתו הוא מידתי. לא די בקיומו של אחד או

שניים ממבחני משנה אלה. נדרש קיום בו-זמני של שלושתם. לא פעם מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. במצבים אלה יש להכיר במיתחם מידתיות (הדומה למיתחם הסבירות). כל אמצעי שהרשות בוחרת בו בגדרי המיתחם הוא מידתי (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 13; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258).

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 839-840 (2004).

24. **מבחן הקשר הרציונלי:** המתנגדים יטענו כי לא קיימת כל זיקה וכל קשר רציונאלי בין השטח בו שוכן כפרם לבין היעוד המתוכנן ליעור. כאמור, אותן מטרות מוצהרות של התוכנית יכולות להתקיים גם ללא הפיכת שטחו של הכפר ליער נטע אדם.

34. במילים אחרות, להריסת בתי המתנגדים אין כל קשר למטרה הסופית אותה רוצה להשיג התוכנית באזור (יעור). הרי ניתן לתכנן יער תוך כדי שקילת כלל השיקולים הלגיטימיים של המעוניינים ללא הריסת בתי המתנגדים. נהפוך הוא, דיני התכנון מחייבים כשלעצמם שקילת האינטרסים הלגיטימיים של המתנגדים והתאמת התכנון העתידי לרווחתם. לכן, תכנון ראוי ובהתאם לחובות מהמשפט המנהלי שחלים על רשויות התכנון מחייב דווקא תכנון ללא הריסה ותכנון אשר דר בכפיפה אחת עם הכפר וזכויות היסוד של תושביו.

44. **מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה):** המתנגדים יטענו, כי לא נבחנו חלופות אחרות של התוכנית שלא פוגעות בזכויות היסוד החוקתיות של המתנגדים ושלא יביאו לעקירת כפרם. החלופה המוצעת בתוכנית הנדונה הינה החלופה הדרסטית ביותר מבחינת המתנגדים, תוך כדי שלילה מוחלטת של זכויותיהם החוקתיות והריסת בתיהם. דבר זה מנוגד לפסיקה שדנה במבחן המשנה השני שלפיה החלטה גורפת הינה כשלעצמה בעייתית ולא מקיימת את תנאי המבחן. בפרשת **בית סוריק**⁵ בית המשפט העליון קיבל את העתירה בעניין תוואי גדר ההפרדה בגלל שהוכח בפניו כי מתכנני התוואי לא בחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת החלטתם המעידות כי החלופה שנבחרה אשר פוגעת באינטרסים של החקלאים הפלסטינים היא החלופה האחרונה והרלוונטית. בפרשת **מרעבה**⁶, בג"צ קיבל עתירתם של העותרים נגד תוואי הגדר משום שלא נבחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת החלופה אשר שמה את העותרים הפלסטינים בתוך מובלעת. במקרה דנן, מקל וחומר כאשר מדובר על עקירת תושבים ממקום מושבם ההיסטורי.

54. **מבחן המידתיות הצר:** מבחן זה קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות 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 שהמדינה תנקוט בצעד המבוקש? האם הנזק לערכים הדמוקרטיים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של מעשה הרשות.

⁵ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 850-851 (2004).

⁶ בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005)

64. בעניין זה ראו עמדתו של הנשיא דאז ברק בפרשת **תיקון חוק האזרחות** כדלקמן :

"משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם [...]"

מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה (ראו Alexy, 66). 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"צ 7052/03 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, 69 (טרם פורסם, ניתן ביום 14.5.06).

74. ולכן תישאל השאלה האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם מן הראוי לייעד אזור מאוכלס מזה יותר מ- 55 שנים, לייעור ולעקור אנשים מבתיים וחייהם החברתיים והכלכליים כדי לנטוע במקומם עצים?

84. המתנגדים יטענו, כי ערכי השיטה המשפטית אינם סובלים מחיקת כפר מעלי אדמות, על מנת לייער את האזור על חורבותיו. נחזור ונדגיש כי אין כל אסמכתה מוסרית או משפטית לייעד שטח כפר לייעור. התוכנית הנדונה הינה אופיינית למשטרים אפלים שאינם נותנים כל משקל וכבוד לאדם כאדם ולזכויותיו הבסיסיות והחוקתיות. התוצאה המעשית של פינוי אוכלוסיית אזרחים מסוימת על מנת לנטוע במקומה עצים הנה קשה ביותר אשר שקולה היא לדה-הומניזציה של תושבי עתיר.

הנה כי כן, התוכנית אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה, היא לא לתכלית ראויה, והפגיעה בזכויות החוקתיות הינה מעל הנדרש, היינו לא עומדת בתנאי מבחן המידתיות.

לאור כל האמור לעיל, הנכם מתבקשים בזאת שלא לאשר את התוכנית במתכונתה המופקדת ולהורות על היזמים לערוך אותה מחדש תוך התייחסות לקיומה של אוכלוסייה ערבית בדואית במתחם עתיר וכיבוד זכויותיהם החוקתיות.

סזאר יהודקין, מתכנן ערים

סוהאד בשארה, עו"ד