

בעניין:

ראתב אבו אלקיעאן ואח' (המבקשים בתל"פ 2136/09)

ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ו/או אראם מחאמיד ו/או חסן
גיבארין ו/או ארנה כהן ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעגיו ו/או
רימא איוב ו/או ראמי גיובראן

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

טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140

המערעורים

- נגד -

מדינת ישראל – ועדה מחוזית לתכנון ובנייה דרום

ע"י עו"ד לאורה אפרתי

רח' הרצל 68, ראשון לציון 7526

המשיבה

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בקריית גת (כב' השופט ישראל אקסלרד) מיום 11.12.2011 במסגרת תל"פ 2136/09.

בית משפט השלום, דחה את בקשתם של המערערים לבטל את צווי ההריסה השיפוטיים כנגד 32 בתי המערעורים, אשר ניתנו במעמד צד אחד בשנת 2003 על פי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה – 1965 (להלן: "החוק"). בכך, ביהמ"ש קמא, הותיר את צווי ההריסה על-כנם.

כן, חויבו המערעורים, בהוצאות המשיבה, בסכום של 1,000 ₪ כנגד כל אחד מהם.

= מצ"ב העתק מהחלטת בית משפט השלום בקריית גת (להלן: "ההחלטה"), מסומן כנספח א'.

דברי פתיחה

1. הכפר אום אלחיראן הוקם ברשות, בהסכמת ולבקשת המדינה לפני כ- 55 שנים (בשנת 1956). זוהי קביעה עובדתית ומשפטית פרי עטם של בתי משפט השלום והמחוזי בבאר שבע. כיום, מבקשת המדינה ובית משפט קמא להורות על הריסת בתי המערערים על כך שהם צייתו להוראותיה לפני כ- 55 שנה. אין מדובר בפולשים לקרקע מדינה, אין מדובר במי שבנו את כפרם ואת בתיהם בניגוד לחוק אלא מתוך ציות להוראות המדינה, מתוך אילוץ וחוסר ברירה. בהינתן מצב דברים זה, החליט בית משפט קמא, כי ישיבת המערערים בקרקע היא שלא כדין וכי בתיהם נבנו בניגוד לחוק וזהו אינטרס ציבורי העומד בפני עצמו ומצדיק את הריסת בתי המערערים על פי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה.
2. המערערים יטענו כי טעה בית משפט קמא בקובעו כי התקיימו התנאים להוצאת צווי הריסה כנגד בתיהם של המערערים לפי תנאי סעיף 212 לחוק. המסקנות המשפטיות של ביהמ"ש קמא מנוגדות ללשון החוק ולא מתיישבות עם ההלכה הפסוקה המתייחסת לפרשנותם של תנאי סעיף 212 לחוק דנן. לפיכך, מאחר וביהמ"ש קבע פרשנות חדשה לתנאים האלה, שהיא פרשנות מרחיבה ביותר וגורפת שלפיה, בין היתר, לא צריך להוכיח את התקיימותם של תנאי 212 לחוק לגבי כל בקשה ובקשה, ואין צורך לבדוק את סוגיית "המאמץ" באיתור המבנים ובעליהם, ומבלי לדון בסוגיית האינטרס הציבורי לפי מבחני האיזונים - לא הוכח בפני בית משפט קמא התקיימותם של תנאי הסעיף הנדון.
3. כמו כן, מאחר וביהמ"ש נתן פרשנות מרחיבה וחדשה לתנאי סעיף 212 לחוק הוא לא נתן משקל כלשהו לפגיעה בזכותם של המבקשים להליך הוגן.
4. המערערים יטענו כי טעה בית המשפט קמא כאשר לא דן בטענות המקדמיות כמו הטענה הגנה מן הצדק, הגינות וסבירות.
5. בנוסף, המערערים יטענו כי טעה בית המשפט קמא כאשר השעה את המשפט המינהלי והחוקתי בקובעו כי טיעונים מסוג זה מקומם אמור לידון בערכאות אחרות. ובכך בית המשפט לא דן בסוגיית הפגיעה בזכויות החוקתיות ולא בדק את התקיימותו של מבחן המידתיות בהקשר זה. האבסורד הוא שמצד אחד ביהמ"ש קמא מתייחס להתקיימותו של אינטרס ציבורי, ומצד שני הוא קובע כי טיעונים מתחום המשפט החוקתי והמשפט המינהלי אמורים להידון בערכאות המשפטיות הרלבנטיות ולא בפניו. אולם, עיקרו של המשפט המינהלי והחוקתי הוא בבדיקת היחסים המשפטיים בין הפרט והאינטרס הציבורי לפי מבחני פיסקת ההגבלה. לכן, בית המשפט לא יכול להתייחס לאינטרס הציבורי מבלי לבדוק גם את סוגיית האיזונים הרלבנטיים לפי עקרונות המשפט החוקתי. לכן, גם מהטעם הזה עולה כי הבדיקה של תנאי סעיף 212 לחוק על ידי ביהמ"ש קמא הינה שגויה כי היא מחייבת כשלעצמה בדיקת האיזונים לפי מבחן המידתיות בהיותה נוגעת לאינטרס הציבורי. לא למותר לציין כי אף לפני חוקי היסוד נהגו בת המשפט לבדוק את סוגיית הפגיעה באינטרס הציבורי לפי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי.
6. חשוב לציין כי ההתייחסות לעדויות בערעור זה אינה נוגעת לסוגיית מהימנותם של העדים או האימון בגרסאותיהם, ואף לא מבקשת להתייחס לסוגיית הסתירות, אם בכלל, אלא היא נוגעת במסקנות ובנפקויות המשפטיות שעולות בבירור מהן ואשר הן רלבנטיות ביותר לפרשנות תנאי סעיף 212 לחוק.

השתלשלות ההליכים

7. בספטמבר 2003, הגישה המשיבה לבית משפט השלום בבאר שבע, בקשות לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה, להוצאת צווי הריסה למבני מגורים מאוכלסים, הממוקמים "במקבץ אבולגיוען מערבית לכביש יתיר (316)", שלטענתה, דבר קיומו נתגלה ביום 1.7.03, וכי נבנה ללא היתר בנייה לפי חוק התכנון והבנייה. בבקשה נטען כי לא ניתן לאתר מי בנה את המבנה, הבעלים, השוכר או המשתמש בו. כסימוכין לטענה זו, צירפה המשיבה לבקשותיה את תצהירו של מר חזי כהן, מרכז ועדה מחוזית של משרד הפנים במחוז דרום, אשר תיאר בלקוניות ובהעדר פירוט עובדתי, כי ניסה לאתר את הבעלים אך לא עלה בידו לעשות זאת.
8. ביום 8.9.03 נעתר בית המשפט השלום בבאר שבע לבקשת המשיבה, והוציא צווי הריסה כדרוש בבקשה במעמד המשיבה בלבד, וזאת מבלי שהורה על הדבקת הבקשה יחד עם ההזמנה לדיון על בתי המערערים בטרם מתן ההחלטה. משמעות צווי ההריסה הינה הריסת כפר שלם המאכלס כ- 500 תושבים אזרחי המדינה.
9. דבר צווי ההריסה נודע למערערים לראשונה באוקטובר 2006, דרך שמועות על כוונת המשטרה לבצע צווי הריסה. מיד לאחר שמועות אלו, החלו המערערים לפעול לעיכוב צוים אלה והגישו את בקשותיהם לביטול צווי ההריסה נשוא ערעור זה.

פסק הדין בבית משפט השלום בקריית גת

10. בית משפט השלום בקריית גת (מפי כב' השופט ישראל אקסלרד) דחה את הטענה לפיה לא מתקיימים התנאים להפעלתו של סעיף 212 לחוק. וקבע, בין היתר, כי מאמצי המדינה באיתור בעלי הבתים נשוא בקשות צווי ההריסה היו סבירים בנסיבות העניין. בית המשפט קמא, קבע בעניין זה, כי היות ומדובר במספר רב של בתים, אזי סף סבירות המאמצים לאיתור כל מי שקשור לבתים הנו נמוך מהצפוי במקרים בהם מדובר בבית אחד או בבתים בודדים.
11. במישור הצורך הציבורי, קבע בית המשפט קמא, כי האינטרס הציבורי של חוטא לא יצא נשכר, גובר על הנסיבות האישיות של המערערים. ועל אף שמדובר בבתי רשות אשר הועברו לאזור על ידי המדינה עוד בשנת 1956, קבע בית המשפט קמא, כי הם יושבים במקרקעין שלא כדין ובנו ללא היתר ועל כן יש להתיר את ההריסה. עוד קבע בית המשפט קמא, הותרתם של צווי ההריסה הינה מידתית בנסיבות המקרה.
12. בנוסף, בית משפט קמא קובע, כי טענות באשר לטענות המערערים כנגד החלטת הרשויות לפעול להוצאת צווי הריסה לפי סעיף 212 לחוק, טענות אפליה ושיקולים זרים ובלתי ענייניים, כל אלה דינם להידון בערכאות אחרות ולא במסגרת הבקשות אשר עמדו בפניו לביטול צווי ההריסה. (ר' עמ' 31 להחלטה)
13. בהתאם, בית המשפט קבע כי צווי ההריסה שניתנו בשנת 2003, נשוא הערעור, יוותרו על כנם. יחד עם זאת, ועל מנת לאפשר לצדדים לבוא בדברים ביניהם, בין היתר לצורך יישום פתרונות כאלה או

אחרים, נקבע כי ניתן יהיה לבצע את צווי ההריסה בתום שנה מיום מתן פסק הדין. בנוסף חייב ביהמ"ש כל אחד מן המערערים לשלם למשיבה הוצאות בסך 1,000 ₪.

עובדות המקרה בקליפת אגוז

א. הכפר הבלתי מוכר אום אלחיראן – הוקם בהוראות המדינה

14. המדובר הוא בבקשות לביטול צווי הריסה שיפוטיים שניתנו במעמד צד אחד, בשנת 2003, כנגד המערערים.

15. במקביל לבקשות למתן צווי הריסה נשוא ערעור זה, הגישה המשיבה תביעות פינוי כנגד כלל תושבי הכפר בשנת 2004. בחלק מהתביעות¹ ניתן פסק דין בבית משפט השלום בבאר שבע אשר קבע, כי הנתבעים (המערערים) 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 בברי רשות ללא תמורה הדירה ועל כן הורה על פינוי הנתבעים.

=מצ"ב העתק פסק הדין של בית משפט השלום בבאר שבע כנספח ב.

16. במסגרת ערעור על פסק הדין לבית משפט המחוזי בבאר שבע, חזר בית המשפט הנכבד על הקביעה כי מדובר בברי 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 ג'.

17. כיום תלוי ועומד פסק הדין הנ"ל בפני בית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות ערעור³. התיק קבוע לשמיעת טיעוני הצדדים ליום 13.7.2012. שאר תביעות הפינוי כנגד תושבי עתיר טרם נידונו בבתי המשפט והם קבועים לקדם משפט ראשון, בבית משפט השלום בבאר שבע, במרץ 2012.

18. לפסק הדין הנ"ל שתי משמעויות לענייננו, אשר לגביהן נרחיב בהמשך. הראשונה: בעת הגשת הבקשות לצווי הריסה בשנת 2003, מעמדם של המערערים היה של ברי רשות אשר המדינה לא ביקשה לבטל עד אז ובטרם הגישה את תביעות הפינוי; השנייה: בתור מי שהתבקשו להתיישב באזור על ידי המדינה

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 המרץ 2012.

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

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

למשך עשרות רבות של שנים (מאז 1956), ובתור מי שלא נחשבו כמשיגי גבול או כמפרי חוק, מאחר והציפייה מהמדינה היתה כי עם המעבר יבנו המערערים בתים ויתפתחו באזור, לא ניתן לבוא כיום ולטעון בעד האינטרס הציבורי כי חוטא לא יצא נשכר. המערערים לא חטאו בכך שמילאו אחר הוראות המושל הצבאי ועברו לאזור נחל יתיר ובנו שם את כפרם. בנסיבות מיוחדות אלה, לא ניתן להתייחס אליהם כאל מי שפלו לקרקע של המדינה ללא כל רשות וכמי שבנו ללא היתר. מה גם שהשאלה האם הרשות שניתנה למערערים הדירה היא אם לאו, הינה נשוא הערעורים התלויים ועומדים בפני בית המשפט העליון כיום, כפי שהוסבר לעיל.

ב. המצב התכנוני באזור

19. באשר למצב התכנוני באזור הכפר, אין מחלוקת לגבי אישורה של תוכנית המתאר המחוזית תמ"מ 4/14 שינוי מס' 27, על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה באפריל 2002. על פי תוכנית המתאר המחוזית הנ"ל, האזור שבו מצוי הכפר מיועד להקמת יישוב בשם "חירן". 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. תוכנית מתאר מס' 107/02/15 הכוללת תכנית שלב א' ברמה מפורטת ישוב פרברי חירן, הופקדה בפועל בחודש דצמבר 2010. התנגדויות אשר הוגשו לה על ידי תושבי אום אלחיראן נדחו בינואר 2012 והמערערים, יחד עם שאר תושבי הכפר, עומדים להגיש בקשת רשות ערר למועצה הארצית לתכנון ולבנייה בעניין.
20. כאמור, בספטמבר 2003, הגישה המשיבה לבית משפט השלום בבאר שבע, בקשות לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה, להוצאת צווי הריסה לבתי המערערים.

טענות מקדמיות

א. דוקטרינת ההגנה מן הצדק:

21. המערערים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משלא קיבל את בקשת המערערים וביטל את צווי ההריסה מחמת הגנה מן הצדק. ניתן להקיש לענייננו מדוקטרינת ההגנה מן הצדק אשר התפתחה במשך שנים רבות במסגרת הפסיקה בישראל בנושא, 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).

22. עניין זה מחויב הוא מעיקרון שלטון החוק, שכן בפני המערערים לא עמדה האפשרות שלא לעבור לאזור יתיר כפי שהתבקשו על ידי הממשל הצבאי ומצבם הקיים הנו אך ורק כתוצאה ממעשי המשיבה למשך עשרות שנים. ומשזו החלה לפעול בהליכים תכנוניים אשר יכולים להכשיר את המצב הקיים, החלה המשיבה לפעול במקביל להריסת בתי המערערים.

23. יפים לענייננו כאן דבריו של בית משפט המחוזי בנצרת בסוגיה דומה, בה ביטל בית המשפט המחוזי, כערכאה ערעור, צו הריסה ללא הרשעה על פי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1961, בגין בנייה אשר קיימת משך שנים רבות, וזאת לצורך הפעלת לחצים לשם פינוי התושבים לצורך יישום מדיניות ריכוז האוכלוסייה הבדווית. וכלשון בית המשפט:

"הפירוש הנכון [...] הוא, כי הרשות מנסה להיעזר בצו הריסה כמנוף, על מנת לדרבן את המערער לנטוש את המקום ולעבור להתגורר בריכוז הבדווי בפרוש רומנה, שם ייהנה המערער מתשתית אורבנית ומתנאי קידמה. מאידך גיסא, לא שמענו מפי העד, האם ולאיזה צורך נזקקת הרשות לשטח עליו נמצא המבנה, ומכל מקום, צורך או "נחיצות" כזו (בלשון בא-כוח המשיבה), לא הוכחו. כזכור, לא חלה בשטח כל תכנית ואף תכנון אין בנמצא שם.

לא נראה לנו, כי השימוש שמבקשת כאן הרשות לעשות בצו ההריסה על פי ההוראה הרלוונטית הוא שימוש נכון ולגיטימי, שאנו נוכל לאשרו. יכולים אנו להעריך, כמובן, את רצונן של הרשויות להיטיב עם המערער ולהעמיד לרשותו קרקע חלופית ביישוב אחר, מסודר ובעל שירותים עירוניים, אך לא לכך נועדה הסמכות הנדונה כאן".

ע"פ (מחוזי נצי') 224/91 פלאח נ' מדינת ישראל, פ"מ התשנ"ב(3) 332, 337 (1992).

24. הפסיקה הנ"ל מעלה את חשיבות סוגיית עקרונות ההגיונות בפעולות המינהל הציבורי ורשויות השלטון בנושא התכנון והבנייה לאור הכוח הנמצא בידי שלטונות אלה אשר מעמיד אותן בעמדת עליונות על פני האזרח או הפרט. על כך עמד בית המשפט העליון בעניין **קונטרס** כלהלן:

"על-כן: היחיד והשלטון אין הם שווי-זכויות, אין הם שווי-כוחות ואין הם שווי-מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה. השלטון מחזיק בידו רוב כוח, רוב עוצמה ורוב עושר, עד שהיחיד - יהיו כוחו, עוצמתו ועושרו רבים ככל שיהיו - לא ישווה לו ולא ידמה לו. אכן, לשלטון אין לו משלו ולא כלום; כל אשר מחזיק הוא בו, בנאמנות הוא מחזיק - לטובתו של היחיד ולרווחתו. ואולם, האמירה הנורמטיבית-המשפטית כי זה מעמדו של השלטון כלפי היחיד, אין בה כדי לחסר כהוא-זה מן התופעה שאנו עדים לה יום-יום, שעה-שעה, שהיחיד עומד בתור לפני דלפק-השלטון, והתור משתרך ומתפתל עוד ועוד. יש המכנים תופעה זו "ביורוקרטיה" ויש המכנים אותה אחרת. היא כינויה של התופעה אשר היא, התופעה ידועה ומוכרת לכולנו, ולא לטוב. מטעם זה אף נחלצו בתי-המשפט בעבר לעזרו של היחיד בעומדו מול אותה מכונת-ענק - נחלצו בעבר, ממשיכים הם להיחלץ כיום וימשיכו להיחלץ בעתיד. מטעם זה אף קבעו בתי-המשפט את עקרון הנאמנות שהשלטון חב ליחיד. מאותו טעם קבעה ההלכה את חובת ההגיונות שהשלטון חב ליחיד. עיקרון וחובה אלה מקורם בסמכותה היתרה של הרשות, בכוחה-היתר, ביכולתה למנוע מן היחיד טובה שלולא נאסרה עליו יכול היה ליהנות ממנה.

חובת ההגיונות שהשלטון חב בה כלפי יחידי החברה נגזרת מהכוח היתר שהשלטון מחזיק בו, מעוצמתו של השלטון כ-רבה. חובת ההגיונות נועדה לשמש - בצדם של אמצעים אחרים - בלם לכוח ורסן לעוצמה. הניתן לומר דברים אלה על היחיד כלפי השלטון? הנה הוא גוליבר בארץ הענקים: הענקים מסבים לסעודה וגוליבר עומד על שולחן-האוכל מלוא-קומתו הזעירה וכל עצמותיו רוחפות מיראה. כמלחיה היה בעיניהם, כזנב-גזר. נשיפת פה מצויה וגוליבר היה-כלא-היה. יכולני להבין "חובת ההגיונות" כי

נטיל על הענקים כלפי גוליבר. אתקשה להבין חובת הגינות - חובה-שכנגד - כי נאמר להטיל על גוליבר. חובות - בהן חובת ההגינות - נועדו לרסן כוח, עוצמה, עושר. ומה כוחו של היחיד ביחס לשלטון? "

בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, -366 367 (1998)

25. לסיכום סוגיה זו, המערערים התבקשו להגיע לאזור בו בנו את כפרם על ידי המשיבה בשנת 1956, למערערים ניתן סיוע כלכלי לחזור ולבנות את בתיהם אחרי סערה אשר גרמה להרס הכפר בשנת 97 על ידי המשיבה. כל אלה מונעים מהמשיבה לבוא היום ולהגיש בקשות לצווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק מה גם שלא קיים כל אינטרס ציבורי חיוני ומייד המצדיק את הפינוי.

ב. העדר תשתית עובדתית ושיקולים בלתי ענייניים:

26. המערערים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משלא קיבל את טענתם כי החלטת המשיבה לנקוט כנגדם בהליכים על פי סעיף 212 לחוק, איננה נשענת על תשתית עובדתית ומשיקולים בלתי ענייניים.

27. ההחלטה לנקוט בהליכים להריסת בתיהם של המערערים לא נשענה על תשתית עובדתית רלוונטית וראויה. על אף שהשלכות ההחלטה הנדונה יכולות להיות הרות אסון למערערים, המשיבה לא עשתה בדיקה עניינית המתבססת על תשתית עובדתית ראויה עובר לקבלת ההחלטה. לא היה בפניה ממצאים עובדתיים ומקצועיים אודות הצורך, אם בכלל, להרוס את בתי המערערים. כך למשל העידו עדי המשיבה כי הם לא יודעים ממתי הכפר קיים וכי הם אינם יודעים אודות פרטי תוכניות המתאר אשר מייעדות את המקום ליישוב.

28. העד מטעם המשיבה, מר אילן שגיא, מעיד:

"ש. אתה יודע לפי פקיד ציבור חשוב בעל תפקיד חשוב זה הולך להרוס מבנים של כפר שתשתית עובדתית על הכפר צריכה להיות בפניך מונחת.
ת. כן.

ש. ידעת שהם התושבים במקום קיבלו אישור ממשלת ישראל ב- 56 להתיישב בישוב הזה.

ת. לא. זה נודע לי בדיעבד. " (ההדגשה לא במקור)

** פרוטוקול בית המשפט מיום 8.1.2008 עמ' 74.

29. העד ממשיך ומבהיר, כאמור, שאף מידע לגבי תוכניות המתאר באזור לא היה בפניו:

"ש. ידוע לך שישנה הצעת תכנון של כפר חירן באזור הזה?

ת. אני לא עוסק בתכנון, אני לא יודע.

אני אומר לך שעל פי החלטה של הוועדה המחוזית לתכנון ובניה בשינוי 27 לתמ"מ 4/14 הוחלט להקים ישוב בשם חירן.

ת. אני לא יודע. " (ההדגשה לא במקור)

** פרוטוקול בית המשפט מיום 8.1.2008 עמ' 80.

30. המסקנה החד משמעית מדברי מר אילן שגיא, אשר כיהן בזמנו המנהל היחידה לפיקוח על הבניה והחליט לגבי המבצע כנגד המערערים, היא כי ההחלטה המתייחסת להריסת מתחם אום אלחיראן התקבלה מבלי לערוך בדיקה מקיפה ועניינית של העובדות הרלוונטיות בשטח ולעובדות המקצועיות הרלוונטיות באשר לתוכניות המתאר באזור.

31. המחדל של המשיבה מתייחס לאי בדיקה עניינית למסכת העובדתית שביסוד קבלת ההחלטה בדבר הגשת הבקשות למתן צווי ההריסה, הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בחלטה החורצת את גורלם של מאות משפחות להרס בתיהם, להרס השקעותיהם הכלכליות, להרס חיי חברה ולהרס חייהם השבטיים תוך כדי פגיעה גורפת בזכויות קניין של אלה.

32. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מינהלית שהתקבלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, אלא על יסוד תחושה בעלמא, או שבגלל שדעת הרשות נחושה להשיג תוצאה מסוימת ללא תשתית עובדתית ראויה, הינה החלטה שרירותית שדינה פסלות. בעניין **החברה להגנת הטבע** 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. וכלשון בית המשפט:

"והלכה היא כי "החלטה של כל רשות מינהלית חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית הוגנת ושיטתית" (בג"צ 3379/03 מוסקטי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 899 (2004); כן ראו: בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983)). בהקשר הקונקרטי נפסק, בנוסף לדברים עליהם עמדנו לעיל, כי "קיימת חשיבות מיוחדת לכך כי שיקולי טבע וסביבה, דווקא בשל משקלם החשוב, יבואו לידי ביטוי בצורה שלמה וממצה במועד המתאים, וכי העלאתם תעשה במסגרת ההליך התכנוני ולא מחוצה לו או לאחריו ... כדי שאינטרס זה יבוא על ביטויו המלא בהליכים על פי דין" (עניין הצוות המלווה, בעמ' 794). במקרה שלפנינו, דומה כי גם המשיבים לא יחלקו על רגישותו הסביבתית של האזור בו עסקינן. [...] אולם, בעוד שמוסדות התכנון אכן נזקקו לדיון ממצה בשאלת עריכתו של "תסקיר חלופות", הם לא ראו לשקול את הצורך בעריכת "תסקיר כללי". [...] נוכח מכלול הטעמים המצטברים עליהם עמדנו, מצאנו כי – בנסיבות המיוחדות שבפנינו – העדר דיון והכרעה בדבר הצורך ב"תסקיר כללי" פוגם באישורה של התכנית.

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

33. ובעניין **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"צ 297/82 **ברגר נ' שר המשפטים**, פ"ד לז(3) 29, 48-49 (1983).

ראה לעניין זה גם:

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

34. היות ועניין לנו באזור אשר אמור להיות מפונה מתושביו הערבים ולהיות מפותח כיישוב לאוכלוסייה אחרת על פי תוכניות המתאר, יפים לעניינינו דברי בית המשפט העליון בעניין העיר **אלעד**, עיר חרדית חדשה שהוקמה במרכז הארץ, אשר התייחס באופן ביקורתי ביותר, להחלטת משרד הבינוי והשיכון

אשר העניקה הטבות מפליגות לרוכשי יחידות דיור בעיר זו, מבלי שהונחה תשתית עובדתית ראויה המצדיקה את ההעדפה הייחודית. כך קבעה כבוד השופטת בינייש :

"גם לשיטת הגורסים שראויה היא האוכלוסייה החרדית ליישוב נפרד בהתאם לצרכיה, לא הונחה תשתית בתצורה התשובה לטענה כי במועד בו הוחלט על הקמת עיר לחרדים בתנאים מועדפים, בשנת 1996, היה מחסור ביחידות דיור לחרדים, שהצדיק בניה בהיקף כה נרחב תוך הענקת תנאים מועדפים וייחודיים רק לקבוצה אחת מקרב כלל האוכלוסייה. תשובותיה של המדינה בתצהירה אינן מניחות, איפוא, תשתית מספקת לדחיית טענות העותרים ולביסוס הטענה כי הקצאת יחידות דיור מוזלות בכמות שהוקצתה לאלעד, נעשתה על פי אותם עקרונות שלפיהם ניתנו הטבות לכלל האוכלוסייה במרכז הארץ, במקומות היישוב הסמוכים לאלעד".

בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 510, 503 (2000)

35. ובהמשך מציינת כבוד השופטת בינייש כי :

"[...] לא הובאו בפנינו נתונים המלמדים כי צרכיה של כלל האוכלוסייה החרדית נבחנו לאשורן בטרם הוחלט על הקמת אלעד ועל היקף שיווק הדירות בשיטת, מחיר משתכן" בה. למעשה, נראה כי לא נעשה מחקר על היקף הצרכים בקרב האוכלוסייה החרדית, וכן לא נבדקו צרכי כלל האוכלוסייה, לרבות אוכלוסייה בעלת צביון דתי שאינה חרדית, בטרם הוחלט על הקצאת הדירות באלעד".

בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 517, 503 (2000)

36. אף דבריה של כבוד השופטת בינייש על הצורך בבחינת צרכי כלל הציבור והמגזרים השונים בטרם קבלת החלטה המתייחסת להטבות בדיור, יפים לעניינינו, מאחר ומשמעות החלטת התובעת בעניין זה היא כי המשאב הציבורי של הקרקע באזור יתיר איננו כשיר הוא לנתבעים ובני שבטם אלא לאוכלוסייה אחרת. וכדברי כבוד השופטת בינייש :

"מתן הטבות לדיור למגזר אחד של האוכלוסייה מבלי שנבחנו ונסקלו צרכי כלל האוכלוסייה במחוז המרכז, הוא בבחינת שימוש בלתי נאות במשאבי הציבור לטובתו של ציבור מסוים; לכאורה, נראה כי מדובר בעניינינו בציבור אשר המופקדים על הדיור הציבורי היו מעוניינים בייקרו, ולפיכך העדיפו ציבור זה על-פני כלל הציבור. "

בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 518, 503 (2000)

37. הנה כי כן, החלטת המשיבה הינה שרירותית ביותר, מאחר ואינה נשענה על תשתית עובדתית ראויה ונתונים רלוונטיים המצדיקים את ההחלטה לפעול להריסת מתחם אום אלחליראן אשר למעשה מביא לפינוי הקרקע מדייריה הערבים על מנת ליישב במקומם אוכלוסייה אחרת.

אי התקיימותם של תנאי סעיף 212 לחוק במקרה דנן:

38. בית המשפט קמא נקט בפרשנות רחבה ביותר לתחולתו וקיום תנאיו של סעיף 212 לחוק, ובכך הוא שגה, כפי שיפורט בפרקים להלן.

39. לא אחת פסקה ההלכה העליונה, כי דברי חקיקה שנולדו בטרם חקיקת חוקי היסוד יפורשו ברוח מעמדן ומהותן של זכויות אלו. בעניין **בן חור**, הדגיש בית המשפט שכלל פרשני זה חל על דיני התכנון והבנייה, כלהלן:

"[כיוון] ש"נקודת המוצא החוקתית הינה קיומן ושמירתן של זכויות היסוד במשטר דמוקרטי, ההנחה הינה, כי המחוקק (הראשי או המשני), שעה שהוא מוציא תחת ידו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמר את זכויות היסוד. מכאן, שתכליתה של כל חקיקה היא לקיים ולשמר זכויות יסוד ולא לפגוע בהן" (ע"א 524/88, 525 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ 301- אח' נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח' [10], בעמ' 561).

[...]

כך יש לפרש גם את תכליתו של חוק התכנון והבניה, כבא להגשים את עקרונותיה של השיטה המשפטית [...]."

רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625, 645 (1997)

40. ראה לעניין גם דברי כבוד הנשיא ברק בעניין **קריסיק**, כדלקמן:

"גורם מרכזי המביא לשינוי בהבנת לשון החוק הוא שינוי חוקתי. המסגרת החוקתית החדשה גוררת אחריה קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון [39], בעמ' 522). משמעותה היא שהיא מעלה ערכים חדשים או נותנת להם משקל חדש. נוצר איזון חדש בין הערכים הכלליים המתנגשים. כך בדרך-כלל. כך במיוחד כאשר השינוי החוקתי הוא במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם. שינוי זה יוצר מסגרת נורמטיבית חדשה למעמדן של זכויות האדם. כתוצאה מכך נוצר איזון חדש בין זכויות האדם לבין צורכי הציבור. מתרחשת "מהפיכה חוקתית" (ראו ע"א 6821/93 הנ"ל [26], בעמ' 352). במסגרת איזון חדש זה עשוי לחול שינוי בתכליתם של החוקים הקודמים. תכלית שלא היה ניתן לגבשה בטרם הוחקו חוקי היסוד ניתנת לגיבוש לאחר חקיקתם של חוקי היסוד."

בג"צ 2390/96 **קריסיק נ' מדינת ישראל**, נה(2) 625, 712 (2001)

ראו עוד: בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 410-411 (1995); אהרן ברק **פרשנות חוקתית**, 561 (1994).

41. המערערים יטענו כי ראוי היה אם בית המשפט קמא והמשיבה היו הולכים בדרך שהתוותה הפסיקה, לפיה קיימת חובה לתת פרשנות מצומצמת ודווקנית לתחולתו של סעיף 212 בעניינם. למותר להזכיר כי סעיף 212 לחוק הינו חריג בדין התכנוני, בשל הפגיעה האינהרנטית הכרוכה בהפעלתו, על כן, היה על בית המשפט לפרש את מכלול התנאים של הסעיף ואת התכלית שקבע המחוקק, לאור הפגיעה בזכויותיהם של המערערים, ולדחות את בקשת המשיבה לקבל צווי ההריסה בנסיבות העניין. ראו דבריו של כבוד הנשיא (דאז) שמגר בעניין **ניימן**, כלהלן:

"הוראת חוק או הוראת פסיקה, הבאות להגביל זכות, אין מפרשים אותן באופן מרחיב וסוחף, אלא נהפוך הוא, פרשנותן הראויה היא מצמצמת ודווקנית (ע"א 723/74, בעמ' 295; בג"צ 75/76 [4], בעמ' 635).

א. התנאי הראשון - האם נעברה עבירה:

42. המערערים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משקבע כי הם בנו את בתיהם בניגוד לחוק וללא היתר. בית משפט קמא קבע לעניין זה כי:

"[...] המדובר הוא בהרחבת חזית המחלוקת שבין הצדדים, שכן טענה זו לא נטענה אלא בסיכומים. מבחינה זו דין הטענה להידחות. ואולם גם לגופו של עניין, מצאתי כי יש לדחות את טענת המבקשים ואני קובע שעלה בידי המשיבה לשכנע כי המבנים נשוא הבקשות שלפניי, נבנו ללא היתר. המפקחים הצהירו בתצהירים אשר צורפו לבקשות למתן צווי הריסה, כי המבנים נבנו ללא היתר. הצהרה זו לא נסתרה בחקירה נגדית."
(עמ' 23 להחלטה, שורות 18-24)

43. כאמור, המערערים הקימו את כפרם ובנו את בתיהם בהתאם להוראות המדינה. כך נטען בבקשות המערערים לביטול צווי ההריסה. במצב נתון זה, לא ניתן לייחס למערערים בניה ללא היתר, שכן בקשת המדינה למעבר שבטם למיקום הנוכחי, כללה בתוכה את ההסכמה וכמובן את הציפייה, כי אלה יבנו בתי מגורים ויחיו בהם עם משפחותיהם.

44. כאשר מונחת בפני בית המשפט בקשה להוציא צווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק הוא צריך לבחון האם נעברה עבירת בנייה לפי חוק התכנון והבנייה. במילים אחרות, בית המשפט יבחן "אם היה מרשיע את מי שניתן היה להביאו לדין במסגרת הרגילה של ההליכים אילו הובא כד" – ת"פ (ת"א) 4/87 הועדה המקומית לתכנון ובניין עיר ת"א-יפו נ' קרן מרדכי קריתי, תש"ן 2, 514, 516 (1989). בהקשר כאן יצויין, כי אף אם יוגשו כתבי אישום כנגד המערערים בגין בניה ללא היתר, סביר כי יבוטלו מחמת הגנה מן הצדק בנסיבות העניין.

45. הלכה פסוקה היא כי בקשת הריסה ללא הרשעה מכוח סעיף 212, אינה שונה לעניין נטל ההוכחה המוטל על הרשות הציבורית מנטל ההוכחה המוטל עליה בבקשות לקבל צווי הריסה לאחר הרשעה, שם היא נדרשת להוכיח קיום דבר עבירת הבנייה בהתאם לדין הפלילי, דהיינו מעבר לכל ספק סביר. על עניין זה עמד בית המשפט הנכבד בעניין **מנשריאן**, כלהלן:

"אמנם צו הריסה ללא הרשעה אינו הליך פלילי קלאסי נגד אדם, עם זאת, לאור אופיו ותוצאותיו מקובל להקיש מסדרי הדין והנטלים במשפט הפלילי גם ביחס להליך זה. משכך, הנטל הוא על המבקשת להוכיח את שלושת התנאים במצטבר, ומדובר בנטל הדומה באופיו ובמהותו לנטל פלילי בשינויים המחוייבים. התקיימו שלושת התנאים דלעיל במצטבר, שוקל בית המשפט את ההצדקה למתן הצו בהתחשב במכלול הנסיבות שהוצגו בפניו." (ההדגשה לא במקור)
תב (ת"א) 4975/07 מדינת ישראל נ' מנשריאן, עמ' 7 (טרם פורסם, ניתן ביום 1.11.10)

ראו גם: עניין קריתי, לעיל עמ' 516. צווים נגד בנייה בלתי חוקית, לעיל עמ' 104; בן תור עמ' 96.

46. המשיבה לא הגישה בדל ראייה אחד המעיד כי המערערים עברו עבירת בנייה, והיא אף לא ניסתה להוכיח כי נעברה עבירה כזאת. בבקשות למתן צווי הריסה מכוח סעיף 212 שהגישה המשיבה ביום 2.9.03 לבית המשפט, ציינה כי המבנה "נבנה ללא היתר בנייה ובניגוד לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה – 1965". בתצהיר של מר חזי כהן, מרכז פיקוח ועדה מחוזית במשרד הפנים – מחוז דרום, אשר צורף לבקשת המשיבה, צויין כי "המבנה הוקם ללא היתר ואין אפשרות ליתן היתר במקום". במשפט קצר ולקוני זה ביקשה המשיבה להוכיח כי נעברה עבירת בנייה, וזאת מבלי לתמוך את טיעוניה בפירוט עובדתי משכנע התואם את נטל השכנוע המוטל עליה במסגרת סעיף 212 לחוק.

ב. האפשרות לאתר את האחראים לבנייה:

47. כאמור, בית המשפט קמא החליט, כי המשיבה עשתה מאמצים סבירים לאתר את בעלי הבתים או המשתמשים בהם, ומשלא צלחה, הבשילו התנאים להגשת בקשות ההריסה במעמד צד אחד ולמתן צווי ההריסה בהתאם. בהקשר זה קבע בית המשפט קמא, כי:

"אני סבור, כי השאלה אם ביצעה המדינה, בטרם הגישה בקשה למתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק, את כל הדרוש על מנת לאתר את מי שקשור למבנה, היא תלויה נסיבות. לא הרי מקרה שבו המדובר הוא בבית בודד אחד או בבתיים בודדים, בהם ניתן לבקש במספר ביקורים עד אשר יימצא המתגורר במקום, כמקרה כמו המקרה דנן, שבו המדובר הוא במספר רב של מבנים, לגביהם קיים חשד שהם נבנו ללא היתר, וכאשר קיים צורך בהתארגנות רחבת היקף, מבחינת מספר אנשים והגופים המשתתפים בפעולת האיתור."

(עמ' 25 להחלטה – שורות 9-16)

48. בית משפט קמא המשיך וקבע לעניין זה כי:

"מן הראיות שלפניי עולה, כי המשיבה, באמצעות פקחיה, עשתה ניסיון לקבל פרטים מן האנשים שהיו במקום לגבי המבנים נשוא הבקשות שבפניי, אך היא נתקלה בהעדר שיתוף פעולה. בנסיבות אלה, בהתחשב בכך שאין המדובר הוא בבקשה בודדת אלא במקבץ בתים שאינו קטן, אני סבור שנעשו מאמצים סבירים וראויים כדי לאתר את הבעלים של המבנים או את המשתמשים בהם, מאמצים אשר לא צלחו."

(עמ' 25 להחלטה – שורות 18-22)

49. משתמע מהחלטת בית המשפט קמא, כי חוק התכנון והבנייה, וליתר דיוק סעיף 212 שבו, קובע שני סטנדרטים לחובה המוטלת על הרשויות בהחליטן לפעול על פי אותו סעיף, כמו גם על בית המשפט הנכבד. סטנדרט אחד, המחמיר יותר, המצפה למאמצים רבים וחוזרים לאיתור בעל בית אחד או בתים בודדים. וסטנדרט שני, המקל יותר עת מדובר במספר רב של בתים כמו במקרה דנן. להזכיר, עניין לנו בחובות המוטלות על רשות ציבורית מכוח החוק ומכוח כללי המשפט המנהלי. הפעלת סטנדרטים שונים, מקל יותר או מחמיר יותר, במקרים זהים סוטה מלשון החוק הברורה ולכן הוא פוגע בשלטון החוק, בשוויון הכל בפני החוק וכן בוודאות החוק ומידת בהירותו לכלל האזרחים.

50. שגה ביהמ"ש קמא משהנמיך את רף "סבירות המאמצים" אשר נדרש מהפקחים בעת פעולתם כנגד בתי המערערים ובכך עשה הבחנה בין מה הוא מאמץ סביר לפעולה במבנה אחד אל מול מה הוא מאמץ סביר לפעולה בכמה מבנים יחדיו. בקביעתו זו ביהמ"ש קמא יוצר אי בהירות בנוגע למושג "מאמץ סביר" ובכך נותן גושפנקא למפקחים לפעול במקרה מסוים בשונה ממקרה אחר, אך בשני

המקרים פעולתם תיחשב כפעולה סבירה. אף על פי שנדרש מהם לפעול באופן אחיד ושוויוני בכל המקרים, היינו, טיפול במבנה אחד הינו שווה ערך לטיפול במספר מבנים.

51. סטייה מלשון החוק הובילה כאן לפרשנות בלתי אחידה זו לחוק המנוגדת ללשונו ולמהותו, בייחוד כאשר עניין לנו בצעד דרסטי וקיצוני של הריסת בתי המערערים. פרשנות בלתי שוויונית זו לתחולת החוק ומילוי תנאיו דורשת עיגון מפורש היא בדבר חקיקה וכי דבר חקיקה זה יהיה פומבי, כללי, ודאי, ברור ומאפשר הכוונה של פעולות הנוגעות בדבר. (ראו לעניין זה: אהרן ברק "המרכיבים של שלטון חוק מהותי מרחיב בפסקת ההגבלה", **פרשנות חוקתית**, 516 (1994)).

52. לפי עקרון השוויון בפני החוק: אין אוכפים הסדרים משפטיים בעלי תחולה כללית באופן בררני (סלקטיבי); אין קובעים הסדרים משפטיים המטילים נטל בלתי שוויוני בפניה לערכאות. זכות ההליך ההוגן היא זכותו של כל אדם באשר הוא אדם. רשויות המדינה הכפופות לזכות זו הינן כל רשות מרשויות המדינה. הזכות מגבילה את כוחו של המחוקק, ומטילה חובות (להימנע מעשייה מסוימת או דווקא לפעול באופן מסוים) על המנהל (בקבלו החלטה מנהלית ביחס לאדם), על רשויות האכיפה (המשטרה והתביעה) וכן על מערכת המשפט עצמה, כאחראית העליונה על הגינות ההליך. זה גם ייחודה של הזכות להליך הוגן: בית המשפט מוצא עצמו בסיטואציה נדירה בה הוא נדרש לא אחת לפקח על עצמו. לעובדה זו משמעות רבה בכל הקשור לרמת ההפשטה הנדרשת בניסוח מרכיבי המשנה של הזכות, שכן מרכיבים אלו יעמדו לפרשנותו של בית המשפט עצמו.

53. המערערים יטענו כי לא די בהצהרות המפקחים, אשר צורפו לבקשות למתן צו הריסה, לפיהן הודבקו התראות כלליות, עמומות ומעורפלות בערבית ובעברית, ללא כל פרטים מזהים, בכדי לעמוד בתנאים שבסעיף 212(1) לחוק התכנון והבנייה, יתירה מזו, אין הדבקת ההתראה יכולה להיחשב כהזמנה שאי ההיענות לה יכולה להיות בעלת השלכות משפטיות כה הרות אסון כגון הריסת בתי המערערים. כך, לא נכללו בהתראות כל תיאור של המבנים, מיקומם המדויק ונקודות ציון שלהם. בנוסף, אין ההתראות מפרטות שהן הליך מקדמי לבקשה על פי סעיף 212 לחוק ואין בהן פירוט לפעולות אשר רשאיות הרשויות לנקוט במידה ובעל המבנה לא יתייצב בפני המפקח. על כן שגה ביהמ"ש קמא בקובעו כי התקיימו החלופות (1) ו-(4) בסעיף 212 לחוק, לפיכך, לא הייתה סמכות לביהמ"ש הנכבד ליתן צו הריסה על פי אותו סעיף, ולא הייתה סמכות לביהמ"ש הנכבד ליתן צו הריסה, כאמור, במעמד צד אחד.

54. שגה ביהמ"ש קמא משלא בחן כל מבנה לגביו התבקש צו הריסה וכל מקרה באופן אינדיבידואלי. שכן, עניין לנו בצווי הריסה אשר הוצאו כנגד בתים שונים ובגין כל בית הוגשה בקשה נפרדת. התייחסות בית משפט קמא לכלל בתי המערערים אל כבית אחד ללא בדיקה ובחינה של מאמצי האיתור של כל אחד ואחד מהמבנים אותם מבקשת המשיבה להרוס, הינה בלתי מידתית. בעניין חובת הבדיקה האינדיבידואלית נגד בדיקה גורפת, קבע כב' הנשיא (דאז) ברק, כי:

"הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה (ראו N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, 30, 99 (1996); להלן – אמיליו). זוהי הגישה המקובלת בבית הדין האירופי לזכויות האדם. [...]"

המשפט החוקתי האמריקאי מכיר בדרישת המידתיות במובן האמצעי שפגיעתו פחותה כתנאי לחוקתיותה של פגיעה בזכות יסוד. פגיעות בזכויות יסוד חוקתיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת, חופש התנועה, ואיסור ההפליה) עשויות להיות חוקתיות, ובלבד שתעמודנה בדרישות ה"ביקורת הקפדנית" (strict scrutiny). בין מרכיביה של ביקורת זו מצויה הדרישה לפיה, מבין הדרכים האפשריות להגשמת התכלית הציבורית, על המדינה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות היא המועטה ביותר (least restrictive) (ראו L. Tribe, American Constitutional Law (2nd ed. 1988), 1037-8, 1451-1482; E. Chemerinsky, Constitutional Law (1997), 532). בפרשו דרישה זו, קבע בית המשפט העליון כי תנאי לקיומה של דרישת הפגיעה המועטה ביותר היא שהפגיעה בזכות היסוד תהיה על בסיס בחינה אינדיבידואלית (individualized considerations), ולא תתבסס על איסור גורף (flat ban). [...]

בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202, 65-66 (2006).

55. דוגמא נוספת ניתן למצוא בפסק הדין בעניין עדאלה נגד שר הביטחון בו פסק בית המשפט העליון בעניין חוקתיות החוק אשר שלל את הזכאות להגיש תביעות נזיקין מתושבי השטחים הכבושים בגין פגיעה ברכושם או בגופם ע"י כוחות הביטחון. הנשיא בדימוס ברק קבע בפסקה 37 לפסק דינו, כי:

"אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של 'פעולה מלחמתית', תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת" (הדגשה לא במקור).

בג"ץ 8276/05 עדאלה נגד שר הביטחון, (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 12.12.06).

56. שגה בימ"ש קמא משקבע כי המשיבה עמדה בנטל הראייתי לצורך הוכחת עשיית מאמצים לאיתור בעלי המבנים, שכן נטל ההוכחה המוטל על המשיבה בהליכים כגון דא, שלפי מהותם הם מהווים דין פלילי, הוא כבד וקפדני.

57. בבקשה לקבל צווי הריסה מכוח סעיף 212 טענה המשיבה כי לא הצליחה "לאתר מי בנה את המבנה, בעל המבנה, שוכר שלו או משתמש בו". על סמך טיעונה זה קבע בית המשפט כי אכן לא היה ניתן לאתר את בעל המבנה ומכוח כך הוציא את צווי ההריסה לפי סעיף 212 לחוק. המערערים יטענו כי המשיבה לא עמדה בנטל הראייתי כאמור לעיל לצורך הוכחת עשיית מאמצים לאיתור בעלי המבנים, ובכך נשמטת הקרקע עליה סומכת את התקיימותה של אי מחלופות סעיף 212 לחוק.

58. בתי המשפט שדנו בבקשות של המדינה למתן צווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, בטענה שלא היה ניתן לאתר את בעל הבניין, בחנו בדקדקנות ובהירות רבה את הראיות שמגישה המדינה להוכחת טיעון כזה. במסגרת זו בוחן בית המשפט באם עשתה המדינה את כל שביכולתה, תוך שימוש באמצעים הפתוחים בפניה כרשות מנהלית, לאתר את בעלי המבנים המבקשת להרוס מכוח סעיף 212 לחוק. לעניין זה קבע בית המשפט כי "על הרשות להוכיח ניסיון לזהות את העברייני, וביצוע הליך חקירה על פי דין" (תב (ת"א) 4975/07 מדינת ישראל נ' מנשריאן, עמ' 11 (טרם פורסם, ניתן ביום 1.11.10).

59. נטל ההוכחה המוטל על המדינה להוכיח מיצוי האמצעים הניתנים לה בחוק לזהות בעל הבניין המבקשת להרוס אותו, הינו נגזרת של חובתה לשמור על זכויותיו הפוטנציאליות של הנאשם להליך הוגן. כאמור, בדומה להליכים פליליים בהם מחויבת הרשות להוכיח את זהות העבריין מעבר לכל ספק סביר, כך נדרשת היא לפי עבירות על חוק התכנון והבנייה.

ראה לעניין זה, דברי כבוד השופט מרגולין-יחידי בתב (ת"א) 9493/07 **מדינת ישראל נ' טי.טי.וי. הפקות בע"מ**, עמ' 6 (לא פורסם, ניתן ביום 26.12.07).

60. המערערים יטענו, כי תביעות סילוק היד והפינוי אשר הגישה המשיבה בחודש אפריל 2004 כנגד המערערים סותרות טענת המשיבה כי לא ניתן היה לאתר את האחראים לבנייה ומבטלת אותה כליל, על רקע העובדה כי המשיבה פירטה בכתב התביעה את פרטי המתגוררים, מספרי זהות ומספרי הילדים בבתיים ופרטיהם המלאים. עובדה זו כשלעצמה מעידה כאלף עדים על כך שהמשיבה לא עשתה את כל שביכולתה בכדי לאתר את בעלי המבנים.

61. המערערים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משלא הסיק מעדויותיהם של עדי המשיבה לגבי מחדליהם של אלה למצות את האמצעים שברשותם לאיתור בעלי הבניינים. סימוכין למחדלים אלה ניתן למצוא בעדויותיהם של אנשי היחידה לפיקוח על הבניה משנחקרו לגבי מאמציהם לאתר את המשתמשים בבתיים או האחראים לבנייה. כפי שיפורט להלן, מעדויות המפקחים אשר פעלו בכפר אום אלחיראן, עולה חד משמעית, כי המשיבה לא עשתה מאמצים כלשהם בכדי לאתר את בעלי הבתיים כנגדם הוצאו צווי ההריסה. כפי שיפורט להלן, אין בהדבקת ההתראות בכדי לצאת ידי חובה לעניין זה. המפקחים נכנסו לכפר לצורך פתיחת תיקים והדבקת התראות. ברוב המקרים המפקחים לא ניסו לדפוק על דלתות הבתיים ולא ניסו לדבר עם בעליהם או מי שמתגורר בהם. בבתיים מהם יצאו נשים, המפקחים לא ניסו לדבר עם נשים אלה בטענה כי אין הם נוהגים לדבר עם נשים בדואיות. היכן שדלתות הבתיים היו סגורות לא ניסו המפקחים לדפוק בדלתות ולדבר עם השוכנים. והיכן שהיה ברור כי לא נכחו אנשים בבתיים, לא ניסו המפקחים לחזור פעם נוספת על מנת לאתר את המתגוררים בהם. את מיעוט שאלותיהם הפנו המפקחים באופן אקראי לחלוטין למי שאלה ראו לגמרי במקריות בסביבת הכפר.

62. כך למשל, בעדותו, נשאל מר אילן שגיא, מנהל היחידה לפיקוח על הבנייה, ואשר היה ממונה על הליך פתיחת התיקים בעניינם של המערערים, על מיצוי האמצעים מול רשויות אחרות בניסיון לאיתור בעלי הבניינים, כלהלן:

"ש. האם ביקשת מידע ממינהל מקרקעי ישראל לפני שיצאת למבצע הזה שיעבירו לך אם יש בידינו את השמות של האנשים לפי מקום מגוריהם.

ת. לא ביקשתי

ש. כאשר יצאתם למבנה, ניסיתם לפני כן להתקשר לאנשים לדבר איתם?

ת. לא

ש. האם ניסת לברר עם האנשים את עניין הבעלות של הבתיים?

ת. לא

ש. כלומר לא יצרת קשר עם התושבים לגבי ההריסה?

ת. נכון" (ההדגשה לא במקור)

**** פרוטוקול ישיבה מיום 8.1.08, עמ' 75.**

63. יתירה מכך, עדי המשיבה העידו על כך, כי בידי מינהל מקרקעי ישראל היה מידע לגבי בעלי המבנים באום אלחיראן וכי אלה יכלו לשייך אדם מסויים למבנים מסויימים. מידע זה שימש את המינהל לצורך הגשת תביעות הפינוי כנגד המערערים ובני משפחותיהם. על כך העיד מר רם יחזקאל כלהלן:

ש: אתה פתחת ב.ש. בגלל שלא ידעת את הזהות של האנשים שמתגוררים במקום, בהליך אחר שמתנהל נגד הכפר הזה נפתחו תיקי פינוי נגד כל האנשים בכפר ושם יש שם ותעודת זהות ושמות האנשים שמתגוררים בבית, בהנחה שמדובר בשני הליכים של מדינת ישראל נגד האנשים מה היתה המניעה ללכת כמו שהלכו אחרים וזיהו את האנשים?
[...]

ת: מה שידוע לי ב- 2003 המינהל לא עשה שם כלום, פתחנו תיקים ב- 2003. מהידיעה שלי המינהל לא פותח ספציפית למבנה ומבנה הוא לוקח ראש משפחה ומסמן את השטח שלו, על סמך תא שטח שכולל עשרות מבנים על סמך זה הוא מגיש. התבקשתי להשוות בין התביעה של המינהל לתביעה שלנו. יש לי פה תצלומי אוויר שהמינהל הפיק, שעל כל פוליון עשו השוואה, תחמו אותו בגבול ויודעים שכל המבנים שייכים לאדם מסויים.

ש: איך קישרו בין אבו לגיען עלי לבין התצ"א הזאת?

ת: תשאל את אותו מפקח של הסיירת הירוקה שהכין את אותו מסמך. (ההדגשה לא במקור)

** פרוטוקול בית המשפט מיום 24.2.2009, עמ' 125-126.

64. לאור העדויות המרכזיות הנ"ל, יטענו המערערים, כי ברור הוא כי היכן שההליך המשפטי מחייב זאת, דאגה המשיבה לפעול לזיהוי המבנים או מספר מבנים לאדם ספציפי. דהיינו, היה ביכולתה של המשיבה להשיג את המידע הנחוץ לזיהוי בעלי המבנים המבוקש הריסתם ללא כל קושי, אם בכלל. על אף זאת, בחרה המשיבה לפעול בדרך שבה פעלה, תוך כדי שלילת זכותם של בעלי המבנים להליך הוגן.

65. על המחדלים וחוסר המעש של המשיבה, ניתן ללמוד גם מדברי הפקחים שביצעו בפועל את הליך פתיחת התיקים. מדבריו של מר אבי לוי, ששימש כמרכז פיקוח מושבים ביחידה לפיקוח מושבים ביחידה לפיקוח על הבנייה, בעדותו מיום 5.4.09 עולה כי הנ"ל ביקר פעם אחת בלבד בשטח, לפני שחזר יחד עם יתר המפקחים להדבקת צווי ההריסה, כדלקמן:

ש" לגבי המבנה נשוא הבקשה הזו אתה אומר שהיה מאוכלס

ת. כן

ש. איך ידעת

ת. אנשים נכנסו ויצאו מהבית היתה פעילות סביב הבית, אתה רואה ילדים נשים, הדלת פתוחה אנו לא נכנסים פנימה ולא מדברים עם נשים בגלל הכבוד אליהם.

ש. אני מבין שאתה לא ניסית להכנס פנימה

ת. לא

ש. אני מבין מדברך שמטעמי כבוד לא דיברת עם הנשים

ת. כן

ש. רוב בני אדם שראית היו נשים?

ת. אנו ראינו נשים וילדים הגברים שהיו שם שניסינו לתשאל אותם, זה היה לפני מספר שנים, גם נשים וגברים וניסינו לשאול אותם לגבי המבנה ואחרים לא רצו לדבר איתנו ולא ענו לשאלות והיה קשה לזהות מי הוא בעל המבנה הספציפי.

ש. לסכם – לא היה דיבור עם האנשים לגבי המבנה הזה

ת. לגבי גברים היה נסיון ועם נשים אנו לא מדברים,

ש. מה היה הנסיון

ת. הגברים שהיו באיזור ניסינו לברר של מי שייך הבית, איזה אדם שנוכל לנהל מגעים שנברר מה יעלה בגורל אותו מבנה.

ש. אתם לא נכנסתם לבית אבל הדבקתם

ת. הדבקנו התראה על גבי קיר חיצוני או דלת, בסמוך לפתח הבית.

ש. בכך הסתיים התפקיד לגבי המבנה

ת. פחות או יותר כן

ש. לא חזרת למבנה?

ת. יתכן שחזרתי כדי להדביק צו הריסה – אני אומר כנראה כי הדברים מאוד דינאמיים יתכן שבאותו יום שבאתי להדביק לא התכוונתי להשתתף ויתכן שכן ויתכן שלא.

ש. אני מבין מדבריך שבתקופת הביניים בין הדבקת התראה להוצאת הצו לא ביקרת במקום ואם ביקרת זה לעניין הצו

ת. נכון

ש. לא נפגשת עם מישהו שהיה בבית

ת. הדבקת ההתראה שפתחנו התיקים היתה שאותם אנשים שגרים בבית יגלו אחריות על המבנה היו צריכים לפנות אלי שיתנו גירסתם לגבי אותה מבנה והזדמנות זו ניתנה להם והם בחרו שלא לעשות זאת ולכן לא יצא לי להפגש עם המשתמשים במבנה. (ההדגשה לא במקור)

**** פרוטוקול בית משפט מיום 5.4.09, עמ' 138 - 139.**

66. עד אחר ששימש כפקח ביחידה על הבניה במשרד הפנים מחוז דרום, מר ניר ביתן, חזר על אותם הדברים בחקירתו מיום 5.4.09 בפני בית המשפט, כלהלן:

"ש. נפגשת עם אנשים

ת. אני לא נפגשתי לא יצא לי לשוחח עם מישהו

[...]

ש. הבית לא היה מאוכלס

ת. לא יודע לא נכנסתי פנימה

ש. בתצהיר כתוב שהוא היה מאוכלס

ת. לא אמרתי שהבית היה ריק, אמרתי שלא היו אנשים במקום.

ש. מה ז"א?

ת. בזמן פתיחת התיק לא היו אנשים במקום.

ש. אני מבין שמטעמי כבוד לא נקשתם בדלת נכון?

ת. נכון.

ש. וגם באותן פעמים אתה לא צעקת ולא קראת בקול רם יש אנשים בבית נכון?

ת. נכון

[...]

ש. אחרי שהדבקת ההתראה הסתיים המבצע, חזרת למקום?

ת. חזרנו להדביק את הצוים אני חושב.

ש. כלומר מיום הדבקת ההתראה עד יום הצוים לא ביקרת את המבנה הזה?

ת. אני לא. (ההדגשה לא במקור)

**** פרוטוקול בית משפט מיום 5.4.09, עמ' 140 - 142.**

67. מעדויות הנ"ל עולה כי המסקנה האחת והיחידה היא שהמשיבים לא פעלו לפי המתחייב על פי החוק ולכן שגה בית משפט קמא משלא הסיק, כי מדבריהם של העדים לעיל נוכחת מגמה אצל כלל הדרגים המעורבים בעניין הריסתו של כפר אום אלחיראן, של חוסר התייחסות רצינית לאנשים המצויים במקום, התעלמות מהתושבים שנכחו באותו ביקור יחיד שערכו בכפר. בנוסף, עולה כי הפקחים לא התאמצו ולא נקטו בכל האמצעים החוקיים שיש בידם לאיתור בעלי הבתים.

68. יתירה מכך, ניתן להבחין בבירור כי הפקחים לא הונחו ולא פעלו בהליך איתור הבעלים, לפי אמצעים אובייקטיביים, אלא לרוב פעלו בהתאם לדעות קדומות והנחות סובייקטיביות של כל אחד מהם. על עניין זה ניתן לדלות מעדותו של מר חזי כהן בחקירתו בפני בית המשפט ביום 5.4.09, כלהלן:

"ש: אז אני מבין שבמסגרת המבצע הגעת למקום, זיהית את המבנה המיועד והדבקת את ההתראה?

ת: כן.

ש: איפה הדבקת את ההתראה?

ת: מצד ימין של הדלת בקיר החיצוני כפי שמופיע בתמונה.

ש: כלומר אני מבין מהדברים שלך שלא מצאת אף אחד בבית נכון?

ת: לא נכנסתי לתוך הבית. אני מתאר לעצמי שאם היו אנשים בתוך הבית והיה רעש כל אדם היה יוצא מהבית לראות מה קורה מסביב. כל אדם בר דעת היה יוצא החוצה לראות מה קורה.

ש: אז אני מבין שלא דפקת על הדלת ולא בדקת?
ת: לא.

ש: אני מבין שאתה באופן רשמי לא נסית לבדוק אם יש אנשים בתוך הבית אלא הנחת שעצם קיומו של המבצע והרעש הוא כשלעצמו מעיד שאין אנשים בבית כי אף אחד לא יצא?
ת: המשפט שלך לא ברור.

ש: אתה אמרת שלא דפקת בדלת ואתה גם לא ביצעת קריאה ולא שאלת אם יש מישהו בבית.
ת: נכון, לא עשיתי זאת.

ש: והנחת שאין אנשים בבית כי אף אחד לא יצא ממנו באותו רגע.

ת: נכון. וזאת מנסיוני הרב שבכל מקום במגזר הבדואי שאני מגיע אליו, ברוב המקרים אנשים יוצאים מהבית בשל הרעש. לא נתקלתי בבית שאנשים נשארו בו. (ההדגשה לא במקור)

** פרוטוקול בית המשפט מיום 5.4.09, עמ' 135 - 136.

69. לאחר הדבקות ההתראות, ולאחר שלא היה ניסיון, באותו מעמד, לאתר את בעלי הבתים, ממשיך מר חזי כהן ממשיך ומעיד, כי בזה הסתיים מבצע פתיחת התיקים וכי לא היו נסיונות או מאמצים מאוחרים יותר לחזור לכפר ולנסות לאתר את בעלי המבנים. וכך מעיד מר חזי כהן:

ש: אתה הסתפקת בהדבקות ההתראה ותפקידך לגבי המבנה הסתיים נכון?

ת: במקרה זה נכון, מאחר ויש מפקח אחראי שזה שטחו.

ש: אתה אישית ראית שבכך הסתיים התפקיד שלך? (אחראי על הוצאת הצו ולפנות לבית המשפט וכו')..?

ת: נכון.

ש: לא חזרת למבנה שוב נכון?

ת: יכול להיות שחזרתי עם המטפל באופן כללי, אך באופן כללי מי שטיפל בתיקים שנפתחו באותו מקבץ, אותו מפקח אחראי.

ש: ואתה אישית לא זוכר שאכן חזרת לאותו מבנה וביקשת לברר אם יש בתוכו אנשים, כלומר לדפוק על הדלת שלהם.

ת: לא זכור לי. (ההדגשה לא במקור)

** פרוטוקול בית המשפט מיום 5.4.09, עמ' 136.

70. ולעניין זה מעיד המפקח מר פרטוש מטעם המשיבה:

ש: אני מבין שלא נכנסת לתוך הבתים הללו?

ת: אני לא זוכר שנכנסתי לתוך הבתים.

[...]

ש: את מי פגשת לגבי כל אחד מהבתים?

ת: אני לא זוכר.

ש: זכור לך שנפגשת עם אנשים?

ת: לא זכור לי שנפגשתי עם אנשים אבל אני זוכר שהיו ילדים באזור.

[...]

ש: ראית מבוגרים באותו יום?

ת: אולי נשים, אבל אני לא בטוח. לא יכול לזכור דבר כזה.

ש: ניסית לברר עם נשים, ילדים, שכנים, שפגשת? אתה מדבר על מבצע וכשהולכים אנשים מתאספים?

ת: אני באופן אישי לא דיברתי עם אף אחד שם. ראיתי נשים שנמצאות באזור. נשים אני כמעט בטוח שראיתי וילד אחד.

** פרוטוקול בית משפט מיום 8.4.2010 עמ' 6-7.

71. לא זו אף זו, אף לגברים אשר נכחו בשטח לא פנו המפקחים לקבל מידע כלשהו בניסיון לזיהוי בעלי המבנים. על כך העיד מר רם יחזקאל בחקירתו החוזרת:

שׁ: שראיתם גברים בשטח שבאתם ופתחתם איזה פעולות עשיתם?

[...]

ת: כן.

ש: מה עשיתם שראיתם את הגברים האלו?

[...]

ת: הגברים, אני לא זוכר אם זה היה אחד, היו ממש בודדים לא יצא לי ליצור אתם קשר, כי הגברים שראיתי בזמן שהגענו ליוו אותנו מהסקרנות במהלך פתיחת התיקים הם לא היו איתי ולא היה לי צורך לשאול אותם שאלות, הם לא היו איתי.

**** פרוטוקול בית המשפט מיום 24.2.2009 עמ' 127-129.**

72. זאת ועוד. נוכח מהותו של הליך איתור בעלי בניינים, שהינו דבר דינאמי ותלוי נסיבות, החזקה היא כי ניתן לפקחים שיקול דעת בביצוע עבודתם. אך דברי הפקחים בעניינו של הכפר מעלים כי הם הונחו שלא להפעיל את שיקול דעתם במקרה זה. להלן דבריו של העד מר עלי פרטוש, שפעל כמפקח מטעם משרד הפנים, בחקירתו בפני בית המשפט ביום 8.4.10, כלהלן:

שׁ. כדי שמישהו יזדהה כבעל בית את צריך לדפוק בדלת?

ת. נכון, אבל אני אומר עוד משהו, היינו שם במבצע מאוד מאוד גדול. היום הזה הוא יום שדיברו עליו בכל המגזר הבדואי, לא רק שם, זׁא שכולם ראו אותנו וידעו עלינו ואם יש אנשים שמסתתרים בתוך הבית לא אחפש אותם בכוח. אתה משאיר התראה על הדלת על מנת שיצרו איתך קשר. זו העבודה שלנו.

ש. תפקידך הוא ביצועי גרידא להדביק או שיש שיקול דעת?

ת. יש שיקול דעת בכל עבודה.

ש. מה מרחב שיקול הדעת שהיה לך במקרה הזה?

ת. במקרה הספציפי הזה לא היה לי שיקול דעת, רק לממונה באותה תקופה היה שיקול דעת ביום הזה ופעלנו על פי החלטתו.

ש. אז זה כן מקרה מיוחד?

ת. במקרה הזה כן.

**** פרוטוקול בית המשפט מיום 8.4.10, עמ' 7-8.**

73. לאור המקובץ לעיל בעדויות הפקחים שהיו מעורבים בהליך "איתור" בעלי הבתים נשוא הערעור דן, עולה מגמה ברורה הנעדרת כל כוונה אמיתית ורצינית לאיתור וזיהוי בעלי הבתים: הפקחים תיארו מצב הגובל לדמיון של יישוב "ריק" שלא היה בו עם מי לדבר; נעשה ביקור אחד לכפר בטרם חזרו הפקחים מצוידים בצווי ההריסה; לא נעשו ביקורים נוספים במועדים שונים; לא הפעילו הפקחים שיקול דעת בהתאם לנסיבות על מנת לייעל את הליך האיתור הבעלים, וזאת על פי הנחייה של הממונים עליהם; ההליך מתואר כהליך בלתי מקצועי הנסמך על הנחות ודעות קדומות וסובייקטיביות של הפקחים ושל הממונים עליהם. שגה בית המשפט קמא משלא הסיק את המסקנות הנ"ל מעדויות עדי המשיבה המפורשות בעניין מחדליהם באיתור בעתי הבתים או המערערים.

74. יתירה כך, המפקחים תיארו מצב בו לא דיברו עם נשים מחמת כבוד; לא התלו לצוות המפקחים נשים בכדי שיוכלו להתגבר על "בעיית" אי יכולת ההידברות עם נשים; הפקחים לא טרקו על דלתות בתים סגורות בניסיון לדבר עם המתגוררים בהם; שאלות הופנו, אם בכלל, באופן אקראי לאנשים שהתקבצו מסביב לפקחים ואנשי המשטרה ובשפה העברית מבלי לוודא כי אנשים אקראיים אלה אכן הבינו את השפה ולאנשים שנשאלו באופן אקראי לא הוסבר מה מטרת התשאול והחקירה.

75. ודוק, ההתייחסות של המערערים בערעור זה לעדויות הנ"ל אינה נוגעת לסוגיית האימון בעדים ובמהימנות עדותם אלא במסקנות הלוגיות והמשפטיות העולות מעדויות אלה. שכן אין מחלוקת משפטית שלא נעשה מאמץ רציני לבדוק את המקרים באופן אינדודואלי, וגם אין מחלוקת אודות

תוכן העדויות האלה, לכן ערעור זה אינו מעלה בפני ערכאת הערעור את סוגיית מהימנותם של העדים אלא מהן המסקנות המשפטיות העולות מהן ומהן הנפקויות לכך.

76. בעניין **מנשריאן**, עמד בית המשפט על החובה המוטלת על פקידי הרשות בהליכים כאלה, להשתמש בכלים אובייקטיביים ומקצועיים הנדרשים לאיתור האחראים לבנייה בהתאם לסף ההוכחה לפי הדין הפלילי, כלהלן:

"סיכומו של דבר, בחינת עדויות המהנדסים מעלה כי מדיניות הרשות, שהמהנדסים הונחו לפעול, ופעלו בהתאם לה, אינה תואמת את הוראות החוק ואת תכליתו. מן החומר עולה בבירור, שלא זו בלבד שהמהנדסים חדלו מקיום חובת חקירה על פי דין לאיתור האחראים לעבירות הבנייה, אלא שהם נמנעו במכוון מביצוע בדיקות בנושא. **זאת, הן משום שהונחו מראש לנקוט בהליכים נגד המבנה ולא בהליך פלילי, והן בשל מסקנות והנחות אישיות שלהם בדבר פוטנציאל האפקטיביות של חקירה כזו. התנהלות כזו אינה תקינה, ויש לה השלכות הן במישור הוכחת עילת הבקשה והן במישור האינטרס הציבורי.**

במישור הוכחת העילה, אין בראיות הנסמכות על המהנדסים כדי לבסס בדרגה של מעבר לספק סביר אף לא במקורב, את העילה של חוסר יכולת להוכיח את זהות האחראים לעבירת הבנייה ביחס למבנים שזכרו לעיל." (ההדגשה לא במקור)

תב (ת"א) 4975/07 **מדינת ישראל נ' מנשריאן**, עמ' 13 (טרם פורסם, ניתן ביום 1.11.10)

77. לפיכך, יטענו המערערים כי המשיבה לפי דבריה היא מפי עדיה לא ניסתה לאתר את כל הבתים של המבקשים והמסקנה המשפטית של בית משפט קמא שלפיה אין צורך באיתור אישי של בתי המבקשים אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ובכל מקרה המשיבה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר את קיומה של העילה של חוסר יכולת להוכיח את זהות האחראים לעבירת הבנייה ביחס למבנים נשוא הבקשה. יתירה מכך, יטענו המערערים שעדויות הפקחים והממונים על התיקים שנפתחו כנגד בנייני המערערים, מעלים חשד כבד כי המשיבה מנצלת לרעה את אפיק ההריסה לפי סעיף 212 לחוק, השמור למקרים קיצוניים בלבד ולאחר שמוצו כל האפיקים האחרים, וזאת בכדי ללחוץ על המערערים ובני משפחותיהם לנטוש את מקום מגוריהם זה כ- 55 שנים.

78. יתירה מזו, המערערים יטענו, כי שגה בית המשפט משלא התייחס כלל לטענתם ולאופציית הדבקת העתק הבקשה לצו הריסה יחד עם הזמנה לדין על הבניין שהריסתו מבוקשת, ובכך ליתן הזמנה לבעלי הבתים לבוא ולהתגונן בפני הוצאת הצווים כנגדם.

79. סמכותו של בית המשפט הדין בבקשות על פי סעיף 212 לחוק לדרוש, כי העתק הבקשה למתן צו ההריסה יחד עם הזמנה לדין, תודבק על המבנה נשוא הבקשה מבעוד מועד, כדי ליתן אפשרות לבעלי הבניין לבוא ולהתגונן מפני הוצאת צו הריסה כמבוקש. עניין זה מקבל משנה חשיבות לאור העובדה, כי צו הריסה הינו צו דרסטי במהותו והשלכותיו על בעלי הבתים והמתגוררים בהם הנה גורלית. המשפחות המתגוררות בבתים אלה עלולות לאבד את קורת הגג היחידה שלהן ועלולות למצוא את עצמן מתחת לכיפת השמיים.

80. אמצעים אלה מתבקשים הם מפרשנותו התכליתית של סעיף 212 לחוק, ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה, כל פגיעה בזכות יסוד אמורה לעמוד במבחן המידתיות. בענייננו, אי נקיטת כל אמצעים לאיתור בעלי הבניין המבוקש הריסתו הופכת את החלטת בית המשפט הנכבד כלא מידתית, בייחוד כאשר זו ניתנת במעמד צד אחד.

לעניין פרשנותם התכליתית של חוקים לאחר חקיקת חוקי היסוד ראה: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (פסק דין מיום 4.5.2006).

81. המערערים יטענו, כי היות והוגשה לבית המשפט קמא בקשה למתן צו הריסה במעמד צד אחד, היה על בית המשפט הנכבד לנקוט בכל האמצעים על מנת לזמן את בעל הבניין המבוקש הריסתו או לוודא, כי ננקטו כל האמצעים לעשות כן. אין מקום, בנסיבות העניין, להסתפק בהצהרה מטעם מי מפקידי הפיקוח, כי לא יכול היה לאתר את בעל הבניין, אלא עליו לפרט ולהוכיח, כי עשה את כל שביכולתו ונקט בכל האמצעים הדרושים לאיתור בעל הבניין.

82. שגה ביהמ"ש קמא משלא העמיד את התנהלות המשיבה במבחן המידתיות, בענייננו, אי נקיטת כל האמצעים לאיתור בעלי הבניין המבוקש הריסתו הופכת את החלטת ביהמ"ש הנכבד כלא מידתית בייחוד כאשר זו ניתנת במעמד צד אחד מבלי לזמן את בעלי הבניינים, במיוחד כאשר מדובר בצו הריסה כה דרסטי במהותו והרסני בהשלכותיו על בעלי הבתים והמתגוררים בהם, שכן המשפחות המתגוררות בבתיים אלה עלולות לאבד את קורת הגג היחידה ועלולות למצוא עצמן מתחת לכיפת השמיים.

ג. התנאי השלישי – העדר אינטרס ציבורי המצדיק הריסה לפי סעיף 212 לחוק:

83. המערערים יטענו, כי שגה בית משפט קמא עת קבע, כי התקיים אינטרס ציבורי המצדיק את הריסת בתי המערערים על פי סעיף 212 לחוק. בית משפט קמא קבע לעניין זה כלהלן:

"בעקבות פסק הדין שבערעור, ישיבתם של המבקשים במקרקעין אינה כדיון. על כן ישימה במקרה הזה ההלכה שנקבעה בערעור פלילי 3413/05 [...] לפיה, בנייה ללא היתר על מקרקעין שבבעלות המדינה, מהווה אינטרס ציבורי למתן צו הריסה, לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה. אכן אין להתעלם מכך שהמבקשים ובני שבטם יושבים במקום מזה שנים רבות. עוד אין להתעלם מכך שהריסתם של המבנים נשוא הבקשות שלפניי, משמעה נטילת קורת הגג של המבקשים, עם כל הלכות הקשות לכך.

ואולם בנסיבות בהן מצווים כיום המבקשים להתפנות מן המקום, על פי פסק-דין של בית-משפט מוסמך, אשר נכון להיום תקף הוא, הרי המשקל שיש לתת לאינטרס הציבורי האמור הוא גבוה, ובוודאי גדול הוא מן המשקל שיש לתת לאינטרסים האישיים בנסיבות העניין.

למסקנה כי האינטרס הציבורי לאי הותרת המבנים הבלתי חוקיים על כנם גובר במקרה שבפניי, באתי גם לאור הממצאים, לפיהם למבקשים קיים פתרון למגורים, במקום הבתים נשוא הבקשות שבפניי [...]

במצב דברים זה, ניתן לומר שהאינטרסים האישיים של המבקשים לבל תיחרס קורת הגג שלהם, אינם כבדי משקל בנסיבות העניין ובכל אופן, הם אינם עומדים מול האינטרס הציבורי של מניעת בנייה על קרקע בבעלות המדינה ואי הסכמה ליצירת האנדרלמוסיה שבהפרת חוקי הצכנון והבנייה, תוך שחוטא לא יצא נשכר."

(עמ' 29-30 להחלטה)

84. אלא שדבריו הנ"ל של בית משפט קמא אינם ישימים בנסיבות העניין של המערערים. כאמור, אין מחלוקת וקיימת בעניין זה קביעה משפטית, כי כפרם הוקם בעקבות הוראות של המדינה. בנסיבות

האמורות, הכיצד ניתן לקבוע כי המערערים יצרו "אנדרלמוסיה" בכך שבנו על קרקע מדינה ללא היתר? בכך טעה בית משפט קמא.

85. בנוסף, אין בתי המבקשים מהווים מטרד ציבורי, אין כל סכנה הנשקפת מבתיהם, ומשך הזמן שחלף מאז נבנו בתים אלה, מטה את הכף כנגד מתן צווי ההריסה. בנוסף, יטענו המערערים כי עצם שימוש בבניינים נשוא צווי ההריסה כבנייני מגורים, מתיישב היטב עם האינטרס הציבורי המשתקף ביעוד השטח כשטח מגורים על-ידי רשויות התכנון, כפי שהוכח בפני בית משפט קמא. למעלה מזאת, יטענו המערערים כי נסיבותיהם האישיות וההיסטוריה של הכפר אום אלחיראן מהווים כשלעצמם אינטרס ציבורי רם מעלה השקול כנגד הריסת הכפר ומחיקתו כליל.

86. יצויין כבר כאן, כי הצגת המצב התכנוני בכפר במסגרת בקשות הריסה נשוא ערעור, היה מוטעה. כך גם הצגת המערערים כלא ברי רשות בקרקע. בבקשות למתן צווי ההריסה נטען, על ידי המשיבה, כי "מדובר [במבנים] המיועדים לשמש למגורים [ונבנו] באתר שאיננו מיועד ל"שוב" וכי "המבנים נבנו באתר שהתכנון לגביו הוא יעור לפי תמ"מ 4/14". מסקנתו של בית המשפט קמא בעניין זה, כי נכון לעת הגשת הבקשות למתן הצווים נשוא ערעור זה, המצב התכנוני באזור לא איפשר הקמת ישוב, איננה נכונה נוכח הראיות אשר הובאו בפניו לגבי אישור שינוי לתוכנית מתאר המחוז המייעד את האזור להקמת ישוב, עוד בשנת 2002, כפי שפורט לעיל.

87. בבקשות למתן צווי הריסה, לא צויין, כי האזור כן מיועד ל"שוב על פי שינוי מס' 27 לתוכנית מתאר מחוז באר שבע תמ"מ 4/14 הנ"ל, וכי הכפר קיים מאז שנת 1956 לפי פקודות של המושל הצבאי באזור. שכן גילוי האמת לבית המשפט היה שומט את הבסיס המשפטי להוצאת צווי ההריסה המיוחלים.

88. המערערים יטענו, כי שגה בית המשפט קמא, עת קבע, כי "ישימה במקרה הזה ההלכה שנקבעה בערעור פלילי 3413/05 [אשר פרע (פטיטו) נ' מד"י (פורסם במאגרים משפטיים)] לפיה, בנייה ללא היתר על מקרקעין בבעלות המדינה, מהווה אינטרס ציבורי למתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה." (עמ' 29 להחלטה – שורות 16-13).

89. אין מחלוקת כבר בין הצדדים, וכפי שפורט לעיל, כי תושבי הכפר אום אלחיראן, כולל המערערים, הינם ברי רשות במקרקעין, לא מכוח חזקה ארוכת שנים בלבד, אלא לבקשת מדינת ישראל אשר ביקשה להעבירם לאזור בשנת 1956. בנסיבות אלה, בהן נצטוו המערערים לעבור להתגורר באזור בו הם שוכנים עד היום, על ידי המדינה, לא ניתן לטעון ולקבוע, כי הם נמצאים על הקרקע באופן בלתי חוקי וכי הבניה בכפר היא בלתי חוקית.

90. כל אשר עשו המערערים, או אבותיהם, הוא ציות להוראות המדינה. ובאם בכך הם חטאו וכעת הם לא יכולים לצאת "נשכרים", אזי קיים כאן עיוות דין שאסור ויתקיים. ההשוואה אשר עשה בית משפט קמא עם ההחלטה בע"פ 3413/05 איננה מתאימה ואיננה מוצדקת. באותו מקרה מדובר היה בבניה ללא היתר על קרקע מדינה אליה התבצעה פלישה. כאמור, לא כך הם פני הדברים בענייננו.

91. שגה בית המשפט קמא עת קבע, כי "יש לראות במבקשים [המערערים] כמי שפלו למקרקעין שלא כדין" בעקבות פסק הדין אשר מורה על ביטול הרשות שניתנה להם על ידי המדינה ופינויים מהאזור. המערערים יטענו, כי נכון ליום הגשת הבקשות למתן צווי ההריסה נשוא הערעור דן ומתן הצווים על

ידי בית המשפט, מעמדם של המערערים, היה של ברי רשות אשר המשיבה, לא ביקשה עדיין לבטל. שכן תביעות הפינוי הוגשו בשנת 2004. יתירה מכך, רוב תביעות הפינוי טרם התבררו בפני הערכאה הדיונית וטרם נקבע מעמדם של המערערים בהם ובקשות רשות הערעור אשר הוגשו כנגד פסקי הדין בעניין, טרם נידונו בפני בית המשפט העליון.

92. יתירה מכך, אף בהנחה שהמבנים נשוא בקשה זו, נבנו ללא היתר ובניגוד לחוק, הרי עובדה זו אינה מצדיקה כשלעצמה הריסה מכוח סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה. שגה בית משפט קמא עת קבע בהקשר הזה כי "[...] בנסיבות בהן מצויים כיום המבקשים להתפנות מן המקום, על-פי פסק-דין של בית-משפט מוסמך, אשר נכון להיום תקף היא, הרי המשקל שיש לתת לאינטרס הציבורי האמור [בנייה ללא היתר על מקרקעין שבבעלות המדינה] הוא גבוה, ובוודאי גדול הוא מן המשקל שיש לתת לאינטרסים האישיים בנסיבות העניין."

93. לעניין מהותו של האינטרס הציבורי הניצב כתנאי מתנאי סעיף 212 לחוק, ואופן הוכחת אינטרס זה, ראו דברי בית המשפט בעניין **כדר**, כלהלן:

"הלכה פסוקה היא כי על הרשות להוכיח, לצורך מתן צו הריסה מכוח סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, שבנסיבות המקרה מתעורר עניין ציבורי חשוב בהריסת המבנה שנבנה ללא היתר ואילו למתנגד לצו תינתן הזדמנות לשטוח את השיקולים להתנגדותו. **נטל הוכחה זה נקבע מתוך ההבחנה בין צו הריסה מכוח סעיף 205 שעניינו השבת המצב לקדמותו והריסת המבנה לבל ייצא חוטא נשכר, לסעיף 212 שעניינו הסכנה או המטרד הטמונים במבנה עצמו, הואיל שהוא אינו גורר בעקבות הפעלתו הרשעה פלילית.** היינו, ככלל השיקול העומד לנגד בית המשפט במתן צו הריסה מכוח סעיף 212, יהיה הסכנה או המטרד הטמונים במבנה עצמו, במנותק משאלת אחריותו הפלילית של המתנגד להריסה". (ההדגשה לא במקור)
ע"פ 8338/09 **כדר נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (לא פורסם, ניתן ביום 31.1.10)

ראו לעניין זה גם:

רע"פ 124/01 **ניקר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 151 (2002); ע"פ 3490/97 **יצחק נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה כפר סבא**, פ"ד נב(1) 136, 141 (1998).

94. פרשנותו הנ"ל של בית משפט קמא מרוקנת מתוכן את הוראת סעיף 212, מחטיאה את מטרת המחוקק והופכת כל בנייה "ללא היתר" למותרת להריסה מכוח סעיף 212 המהווה חריג המופעל במצבים מיוחדים בלבד ובכפוף לתשתית עובדתית מוכחת. יפים לעניין זה דברי בית המשפט הנכבד בעניין **פלאח**, כלהלן:

"ומאידך גיסא, ברי וברור הוא, שבעצם העובדה שהמבנה נבנה בלא היתר היא כשלעצמה אין בה די, שאם לא כן, צו ההריסה בנסיבות המתוארות בסעיף 212 היה בגדר צו מנדטורי ולא מסור לשיקול דעתו של בית המשפט, כפי שהדבר בפועל".
ע"פ (נצי') 224/91 **פלאח נ' מדינת ישראל**, נב(3) 332, 336 (1992)

95. ראו לעניין זה גם את דברי כבוד השופט קדמי בעניין **יצחק**:

"ברם, כאשר מדובר בבקשה למתן צו הריסה ללא הרשעה – לפי סעיף 212 לחוק התכנון – שונים פני הדברים. בעניין זה, אין די לה למדינה

בהוכחה כי נתקיימו התנאים המקימים את הסמכות לצוות על ההריסה, ועליה להוכיח כי בנסיבות העניין ישנה הצדקה ליתן צו כזה מטעמים של "עניין ציבורי" חשוב; כאשר בפני המתנגד למתן הצו פתוחה האפשרות להציג שיקולים התומכים בהתנגדותו. צו הריסה יינתן רק במקום ששיקולי ה"עניין הציבורי" גוברים על השיקולים האחרים שמציג המתנגד. **העובדה שהמבנה נושא הבקשה הוקם ללא היתר, מהווה תנאי יסודי לסמכותו של בית-המשפט לפי סעיף 212 לחוק התכנון ומקובל עליי שעצם הקמתו של המבנה שלא כחוק מהווה שיקול נכבד להריסתו. ברם, ככלל, לא יהיה די בשיקול זה לבדו כדי להכריע את הכף בזכות מתן צו הריסה, ועל בית-המשפט לבחון אם בנסיבות העניין מחייב העניין הציבורי את הריסת המבנה.**" (ההדגשה לא במקור)

ע"פ 3490/97 יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה כפר סבא, פ"ד נב(1) 136, 141-142 (1998)

96. בעניין **מנשריאן** לעיל חילק בית המשפט הנכבד את האינטרסים הציבוריים שיש בהם כדי להצדיק מתן צווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, לשלוש קבוצות מרכזיות:

"את רשימת השיקולים המבססים אינטרס ציבורי חשוב, ניתן לחלק לשלוש קבוצות עיקריות: בקבוצה הראשונה, **שיקולים הקשורים במפגע הפיזי – תכנוני – בטיחותי שבמבנה**, וביניהם מידת הסיכון, המטרד והמפגע שבמבנה, וכן הרצון למנוע אנדרלמוסיה תכנונית. בקבוצה השנייה, **שיקולים הקשורים בפגיעה בזכויות של אחרים, ובראשם הציבור**, או חלק מיחיד הציבור על ידי פלישה למקרקעין או בדרך אחרת, המונעת מן הציבור לבנות כדין או לעשות שימוש כדין בקרקע בהתאם ליעודה. בקבוצה השלישית, **שיקולים הקשורים בשלטון החוק ובעקרונות השיטה המשפטית המקובלת**, ובעיקר הערכים של שמירה על שלטון החוק והשאיפה שלא יהא חוטא נשכר." (ההדגשה לא במקור)

תב (ת"א) 4975/07 **מדינת ישראל נ' מנשריאן**, עמ' 18-19 (טרם פורסם, ניתן ביום 1.11.10)

לעניין זה ראו עוד:

ע"פ 5194/08 **חנוקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה אשדוד**, פסקה 8 (לא פורסם, ניתן ביום 5.5.08)

97. המערערים יטענו לגבי **הקבוצה הראשונה** שהמשיבה לא הוכיחה, בפני בית משפט קמא, ואף לא העלתה, טענה לפיה מבני המערערים מהווים מפגע בטיחותי המסכן את הציבור ועל כן חובה להרוס אותו. כאמור, מרבית הבניינים קיימים כבר עשרות שנים, ומעולם לא נטען נגדם טיעון של סיכון בטיחות הציבור.

98. זאת ועוד, המערערים יטענו, כי חלוף הזמן מאז הוקם הכפר ונבנו בו הבתים שקול כנגד בקשות המשיבה להרוס את הכפר, וזאת נוכח העובדה שדבר דרסטי לא נפל ולא השתנה בעניינו של הכפר המצדיק הריסה רחבת היקף כזו שהמשיבה מבקשת. בתי המשפט קבעו לא אחת, כי גורם הזמן הינו בעל משקל מכריע בבחינת התקיימות אינטרס ציבורי התומך במתן צווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, ועל כן יבחן בית המשפט באם התחולל שינוי דרסטי המצדיק את ההריסה. על כך ניתן ללמוד מדברי בית המשפט בעניין **דיין**, להלן:

"בהעדר ראיות לכך בבית-משפט קמא - בהעדר טעון בבקשה - אין הסבר, מדוע, מה שלא הפריע לרשויות התכנון והפיקוח, הממונות על מדיניות הבניה ואכיפת חוקי התכנון והבניה, במשך שנים כה רבות, אף שקיומו של המבנה הלא חוקי היה בידיעתן - מפריע כעת; האם מדובר בפיקוח ובאכיפה שיטתיים או שמא בגחמות, הקמות ונופלות מדי כמה שנים, או בניעור אבק מקרי של התיק."

ע"פ (ת"א) 3832/98 דין נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (לא פורסם, ניתן ביום 1.12.98).

99. המשיבה כאמור, לא הוכיחה ואף לא טענה לשינוי כלשהו המצדיק את בקשתה להרוס את כפר המערערים, במיוחד לאור העובדה שהיא ידעה על דבר קיומו; היא אחראית על מיקומו, וזאת לאחר שהמערערים והוריהם נתבקשו בשנת 1956 לעבור למקום הנוכחי על-ידי המושל הצבאי; והיא זאת שיזמה להושיט יד ולעזור למבקשים לשקם את כפרם לאחר הסופה שפקדה אותו בשנת 1997 וגרמה לשיטפון שהרס חלק גדול מהמבנים בכפר.

100. לאור האמור לעיל, המערערים יטענו, כי שגה בית משפט קמא משלא ביטל את צווי ההריסה בהעדר שינוי נסיבות חריג ומיוחד המצדיק, מעבר לכל ספק סביר, הריסתו של הכפר מכוח סעיף 212 לחוק. יצויין, כי שינוי נסיבות חריג לא נטען כלל על ידי המשיבה.

101. באשר לקבוצה השנייה כאמור בעניין מנשריאן לעיל, יטענו המערערים כי הריסת הכפר דווקא מנוגדת לאינטרס הציבורי כפי שזה משתקף בסטאטוס התכנוני של השטח ויעודו כשטח מגורים. המשיבה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר כי קיומו של הכפר מנוגד לאינטרס התכנוני, ואף הטעתה את בית המשפט הנכבד וטענה כי קיימת תכנית מתאר המייעדת את השטח ליעור, תוך שהיא מעלימה עובדת קיומה של תכנית מתאר אחרת מאושרת (תמ"מ 4/14 שינוי מס' 27 הנ"ל אשר אושרה בשנת 2002) המייעדת את השטח למגורים.

102. שגה בית משפט קמא משקבע, כי בעת הגשת הבקשות למתן צווי ההריסה בשנת 2003, יעודו של השטח האמור לא היה למגורים, ובכך התעלם כליל מתוכנית 4/14 שינוי מס' 27 המייעדת את האזור לישוב פרברי ואשר אושרה ב-2002, כפי שפורט לעיל. כאמור, המערערים הציגו במסגרת ראיותיהם את תמ"מ 4/14 שינוי מס' 27 המייעדת את השטח עליו שוכן הכפר, למגורים ולא ליעור כפי שטענה המשיבה. בנוסף, ציינו המערערים בפני בית המשפט את דבר קיומה של טיוטת תכנית מתאר מפורטת מס' 241/02/11, המייעדת את שטח הכפר להקמת ישוב במקום (התכנית), נמצאה אז בשלבים סופיים לפני הפקדה. בינתיים התוכנית הופקדה, ומספרה נשתנה ל-107/02/15. המערערים הגישו את התנגדותם לתכנית זו, ההתנגדות נדחתה בינואר 2012 והמערערים עומדים להגיש בקשת רשות ערר כנגד ההחלטה..

103. יודגש שוב, כי המידע התכנוני הקשור לגיבושו של האינטרס הציבורי העומד כתנאי להפעלת סעיף 212 לחוק, לא ניצב כנגד עיני הממונים על קבלת ההחלטה לפתיחת תיקים והגשת בקשות מכוח סעיף 212 לחוק. דברים אלה התגלו בבהירות בעדויותיהם של העדים שנשאלו על כך בפני בית המשפט.

104. דברים אלה מקבלים משנה חומרה נוכח העובדה כי זה שיצאו מפיו, אינו אחר אלא האחראי והממונה הראשי על קבלת ההחלטה להרוס את הכפר, וכן על ביצועה, כפי שעולה מדבריו של מר אילן שגיא, בעדותו מיום 8.1.08, כלהלן:

"ש. אני מניח שאתה אומר את אומר את זה בנקודת מוצא שבגלל שמדובר במעמד צד אחד שהידע הבסיסי הגרעיני יהיה בפני בית המשפט כדי שהוא ישתמש בשיקולו הראוי.

ת. נכון.

ש. ואז אתה מרגיש שאכן אתם משרד הפנים הצגתם את העובדות לאישורן

ת. נכון.

ש. זה מצב שונה מאשר מבנה ברחוב קטן שהבעלים שלו לא יודעים ששם אפשר לציין שמדובר במבנה לא ידוע. במקרה הזה אתה אומר שעדיף ורצוי תשתית עובדתית
 ת. תמיד רצוי.
 ש. כשיצאתם למבצע האם היתה החלטה של הממשלה. ידוע לך על החלטה של הממשלה.
 ת. לא, אנחנו לא מקבלים החלטת ממשלה על כל מבצע.
 ש. האם היתה החלטה בעניין של המבצע כתובה בדרג הבכיר של משרד הפנים שנמסרה לך לפני שיצאת למבצע?
 ת. לא עד כמה שזכור לי.
 ש. כלומר יצאת למבצע בהעדר החלטה רשמית בידך המורה לך להשתתף במבצע?
 ת. בוודאי. תפקידי לאכוף את חוק התכנון והבנייה ואני פועל לפי תוכנית עבודה. הרבה מאוד לפי שיקול דעת שלי שהוא תוצאה של כל מני שיקולים שלי.
 ש. ההחלטה שלך הזאת לצאת למבצע בעניין כפר אבו אלקיעאן או עתיר, לא שיתפת את הדרג הבכיר של משרד הפנים.
 ת. אני לא אמרתי את זה. אני בהחלט מודיע לממונים עלי מה אני הולך לעשות, ואני משתף גם דרגים מחוץ למשרד שלי כמו המשטרה, יש את מנהלת תיאום פעילות אכיפה.
 ש. אמרת שאתה קיבלת את ההחלטה לפי שיקול הדעת האישי שלך.
 ת. נכון, אבל קיבלתי אישור.
 ש. אתה יודע לפי פקיד ציבור חשוב בעל תפקיד חשוב שהולך להרוס מבנים של כפר שתשתית עובדתית על הכפר צריכה להיות בפניך מונחת.
 ת. כן.
 ש. ידעת שהם התושבים במקור קיבלו אישור ממשלת ישראל ב-56 להתיישב בישוב הזה.
 ת. לא. זה נודע לי בדיעבד. (ההדגשה לא במקור)

**** פרוטוקול בית משפט מיום 8.1.08, עמ' 74-73.**

105. מדבריו לעיל של מר שגיא, עולה בבירור כי עובדות מכריעות לעניין גיבושו של אינטרס ציבורי המצדיק הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, לא נודעו לו והוא לא התמצא בפרטיהם, עת קבל את ההחלטה לצאת "במבצע" הריסה של כפרם של המערערים (אום אלחיראן). עובדות אלו אשר היה ניתן בנקל לאתר אותן, נמנעה המשיבה מלעשות זאת, על אף חובתה לגבש תשתית עובדתית מוצקת בטרם קבלת החלטה קיצונית כגון דא, מקל וחומר כשהיא נדרשת להוכיח את קיומו של אינטרס ציבורי בהתאם לסף ההוכחה הפלילי.

106. האבסורד הוא שמצד אחד בית המשפט קמא קובע אודות קיומו של אינטרס ציבורי ומצד שני הוא מסרב לדון בהיבטים המינהליים והחוקתיים הרלבנטיים למקרה דנן. שכן, המשפט המינהלי והמשפט החוקתי דנים בעיקר ביחס בין הפרט ולבין האינטרס הציבורי במובן הזה מתי זכותו של הפרט גוברת על השני ומתי האחרון גובר על הראשון. לכן, שגה בית משפט קמא משלא קבע, כי התנהלותה של המשיבה לעניין זה מלמדת על שיקולים זרים שאינם מן העניין הקשורות להריסת הכפר, ועל ניצול לרעה של הליכי התכנון על מנת לקדם אינטרסים זרים שאינם ממין העניין.

107. העד מטעם המשיבה, מר עלי פורטי, אשר שימש כסגן מתכנן מחוז דרום, ציין אף הוא בעדותו מיום 24.2.09 בפני בית משפט קמא, כי מבחינה תכנונית אין כל קושי להכיר בבתי המערערים כחלק מהתוכנית הקיימת, כלהלן:

"ש: אם נניח במבנים שראינו לפני כן במתאר של היישוב ישנו בית שהוא מחוץ למגרשי המגורים ונגיד שהיישוב אמר שרוצים לכלול את הבית ולהרחיב את התוכנית שתכלול את הבית הזה, זה אפשרי תאורטית?"

ת: אני לא יודע מה הגבולות שאתם רוצים שאני יתייחס. זה קצת רחב יותר.
ש: אני המתכנן היום ויש לך 8 שיש לידם בקרבתם ב-20 מטר למשל יש בית ואני כמתכנן רוצה לכלול את הבית באיזור המגורים ויש שם שטח ציבורי. האם זה אפשרי?

ת: תכנונית הכל אפשרי השאלה מה עומד מאחורי התכנון, אם התוכנית מיועדת לדבר מסויים ורוצים לייעד אותה לדבר אחר, זו שאלה מאוד רחבה, זה תלוי באוכלוסייה שצריכה לשבת שם.

[...]

”ש: אם הממשלה תבוא ותאמר שהיא מקימה את היישוב חירן עבור שבט אבו אלקיעאן אז אין בעיה תכנונית?

ת: נכון בכפוף לכך שתעשה התאמה בתוכנית לאוכלוסיית היעד.

ש: לאיזה התאמה אתה מתכוון?

ת: התאמה תכנונית לאוכלוסיית היעד. היישוב כמו שתוכנן פה מתוכנן לאוכלוסייה יהודית.”

[...]

ש: מי החליט על אופי היישוב המתוכנן.

ת: המדינה החליטה בהקמת היישוב, מינהלת הבדואים והם אלה שמגישים את התוכנית וקובעים אופייה. אני יוצא מנקודת הנחה שהחלטת הממשלה התייחס ליישוב יהודי.” (ההדגשה לא במקור)

**** פרוטוקול בית משפט מיום 24.2.09, עמ' 119-118.**

108. בהמשך, מוסיף מר פורטי כי חלק מהמבנים שהוצאו נגדם צווי הריסה מכוח סעיף 212, נמצאים בתוך מגרשים המיועדים לבנייה - פרוטוקול בית משפט מיום 24.2.09, עמ' 116.

109. שגה בית משפט קמא, עת קבע, כי בתי המערערים יפריעו למימוש התוכניות להקים ישוב במקומם. וכלשון בית המשפט:

”ואולם, מן הראיות שבפני עולה כי גורמי התכנון מתכננים להקים במקום ישוב, במסגרת המועצה המקומית מיתר. אם תצאנה תוכניות אלה לפועל, הבתים נשוא הבקשות שלפני, יפריעו למימוש התוכניות במקום.”

(עמ' 31 להחלטה שורות 21-19)

110. דבריו ומסקנותיו הנ"ל של בית משפט קמא מנוגדים הם להלכה הפסוקה לפיה החלטה להקים ישוב לאוכלוסייה יהודית בלבד, מנוגדת היא לתכלית העיקרית מאחורי החקיקה המקנה למינהל מקרקעי ישראל סמכות לנהל את "מקרקעי ישראל" לנהל את משאבי הציבור לפי כללי ההגיונות והשוויון בין כלל אזרחי מדינת ישראל. כבוד הנשיא (דאז) ברק עמד על השמירה על עקרון השוויון על רקע לאום בתור תכלית המונחת ביסוד סמכותו של המינהל:

”מסקנתי הינה, איפוא, זו: החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל עירון להקמת יישוב קהילתי 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"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 278-279 (2000).

111. לכן, אין לראות בבתייהם של המערערים כמטרד החוסם את מימושו של תוכניות המתאר הקיימות בשטח, ובלאו הכי אין לראות בהם כסותרות אינטרס ציבורי לגיטימי. נהפוך הוא, המערערים הוכיחו,

ועל אף שאין נטל ההוכחה מוטל על שכמם, כי האינטרס הציבורי והמצב התכנוני מוטים כנגד הריסת בתיהם.

112. הדברים לעיל, מתיישבים היטב עם הקבוצה השלישית שקבע בית המשפט להוכחת קיומו של אינטרס ציבורי, הינה השמירה על שלטון החוק. כאמור, וכפי שקבע בית המשפט הנכבד בפסק דינו במסגרת ההליך האזרחי המנוהל נגד המערערים לסילוק יד ופינוי הכפר, הם הועברו על-ידי המדינה ובהסכמתה לשטח בו הם מצויים כיום, הם ברי רשות מכוח חוק ואין לראות בהם משיגי גבול ועבריינים. למותר להזכיר, כי המשיבה ניסתה בכתב התגובה שהגישה להצדיק את דבר הפעלתו של סעיף 212 בכך שהמערערים הם "פולשים" למקרקעי המדינה (ראו, סעיף 40.3 לכתב התגובה).

113. מכל מקום, טענה זו עתידה ללובן במסגרת ההליך האזרחי המתנהל בין הצדדים, וכן במסגרת אפיקי התכנון בהם פועלים המערערים, ועל כן ישנו אינטרס ציבורי מהדרגה הראשונה שלא להרוס את הכפר, ולהבטיח ששאלות אלו יבואו על פתרונן באפיקים המשפטיים הפתוחים לפי החוק. הריסת הכפר, משמעה הלכה למעשה, סיכול זכותם של המערערים לקבל את יומם בתביעה האזרחית לפינוי וסילוק יד. עם זאת, הקביעה של בית המשפט המחוזי שצוינה לעיל הינה רלבנטית לתיק זה ומהווה ראייה להוכחת טענות המערערים בהקשר זה.

המסקנות המשפטיות של ביהמ"ש קמא פוגעות בזכות להליך הוגן

114. הבקשה למתן צווי הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, שהינו כאמור סעיף חריג וקיצוני כשלעצמו, בנפרד משאלת ההריסה הטוטאלית של הכפר, הינה פגיעה חמורה בזכותם של המערערים להליך הוגן. המשיבה ניצלה לרעה את סעיף 212 לחוק על מנת להקל עליה את הליך ההריסה, וזאת מבלי להבטיח קיומו של הליך הוגן, המעניק אפשרות למבקשים להעלות את טיעוניהם ולקבל את יומם כראוי בבית המשפט. הזכות להליך הוגן, הוכרה בפסיקה העליונה כזכות אדם חוקתית, כדברי בית המשפט בעניין **פלוני כלהלן**:

"בית המשפט העליון הכיר בזכות להליך הוגן, לפחות במרכיבים מסוימים שלה, כזכות חוקתית מוגנת. "חוק היסוד" – כך נפסק – "ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנו" (דברי השופט י' טירקל בע"פ 1741/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, פס' 3 (1999))."

בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 (לא פורסם, ניתן ביום 11.2.10)

115. ודוק. אמנם ההליך לקבלת צווי הריסה ללא הרשעה מכוח סעיף 212 לחוק אינם מהווים הליך פלילי קלאסי כדברי בית המשפט בעניין **מנשריאן** לעיל (עמ' 7 לפסק הדין), אך לאור אופיו ותוצאותיו הדרסטיות, יש להקיש במסגרת הפעלתו מסדרי הדין והנטלים שבמשפט הפלילי. יצוין לעניין זה, כי הפגיעה בגרעינים הבסיסיים של הזכות להליך הוגן במיוחד במשפט הפלילי כמוהו כמו פגיעה בזכות החוקתית לכבוד. לעניין זה יפים דברי כבוד הנשיאה ביניש בהלכת **יששכרוב** כלהלן:

"עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד".

ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פסקה 67 (2006)

ראה לעניין זה גם: מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 375, 354 (2002).

116. ודוק. זכות זו מקבלת משנה תוקף נוכח מהותה הבלתי הפיכה של פעולת ההריסה אותה מבקשת המשיבה. על עניין זה עמד כבוד הנשיא (בדימוס) שמגר בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, והדגיש כי זכות הטיעון של הפרט מתעצמת כפליים נוכח העובדה, כי הריסתו של בניין, הינה מטבעה פעולה בלתי הפיכה, כדלקמן:

"הריסת מבנה היא, אליבא דכולי עלמא, אמצעי עונשין קשה וחמור, וכוח ההרתעה הטמון בו אינו מפחית מאופיו המתואר. **אחת מתכונותיו המרכזיות היא בכך שהוא בלתי הפיך, היינו, הוא לא ניתן לתיקון לאחר מעשה; משמע, דיון לאחר ביצוע הצו הוא לעולם מוגבל מאוד מבחינת משמעותו המעשית.** על-פי תפיסותינו המשפטיות יש, על-כן, חשיבות בכך שהנוגע בדבר יוכל לפרוש השגותיו לפני המפקד עוד לפני ההריסה, כדי להעמידו על עובדות ושיקולים שאולי לא היה ער להם.

מקובל על בית-משפט זה, כי הקיום של כללי דיון הוגנים בעניינו של אדם, **מתבטא, בין היתר, בכך, כי מי שצפוי לפגיעה חמורה בנפש או ברכוש תינתן לו הודעה מראש על כך ותוענק לו הזדמנות להעלות השגותיו בעניין זה.** כלל זה חל גם כאשר החוק מתיר פעולה על אתר, כגון החרמה מיידית של רכוש." (ההדגשה לא במקור)

בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, מג(2) 529,

540 (1989)

סירובו של ביהמ"ש קמא לבחון את ההחלטה המינהלית לפי עקרונות המשפט החוקתי

המשפט המינהלי

117. המערערים יטענו, כי שגה בית המשפט קמא בכך שהתעלם מהטענות המקדמיות של המערערים באשר להגנה מן הצדק ולהעדר תשתית עובדתית ושיקולים בלתי ענייניים בהחלטת המשיבה לפעול כנגד המערערים על פי סעיף 212 לחוק. עוד יטענו המערערים, כי שגה בית משפט קמא עת קבע, כי אין בידיו לדון ולהכריע בטענות בעלות אופי מינהלי וחוקתי, במסגרת הבקשות שהיו תלויות ועומדות בפניו. ובלשון ההחלטה:

"המבקשים מתרעמים על כך שבכוונת המדינה לפנות מן המקום תושבים ערבים בדואים, מתוך כוונה ליישב במקומם תושבים יהודים. אין ספק כי זאת טענה קשה ביותר, כפי שנטענה, ואם ימצאו המבקשים לנכון לעשות כן, הם יוכלו לפעול בעניין זה אצל הגופים המתאימים ובערכאות המשפטיות המוסמכות. אין בידי בית-משפט זה, במסגרת דיון בבקשה לביטול צווי הריסה, לדון בטענות מסוג זה, שכן באות הן כנגד מדיניות גורמי השלטון ותוכניות המתאר במקום."

(עמ' 31 להחלטה – שורות 28-23)

118. המערערים יטענו, כי החלטת המשיבה לפנות בבקשות להריסת בתי המערערים, חייבת בין היתר להבחין במסגרת המשפט המנהלי והחוקתי, בהיותה החלטה מנהלית שעליה חלים כללי המשפט הציבורי. התעלמות בית המשפט קמא מחובתו לדון בבקשות להריסה במסגרת המשפט המנהלי והחוקתי, עולה כדי השעיית תחולת המשפט המינהלי והחוקתי על נושא כה ציבורי הנוגע להמשך קיומו של כפר ומדיניות התיישבות. המערערים יטענו, כי הבקשות למתן צווי הריסה כמו גם החלטות בית המשפט שניתנו בעקבותיהם מבוססים על תפיסה מוטעית של הנורמות המשפטיות המחייבות את הרשויות.

119. בית המשפט קמא קבע כי משעסקינן בחוטאים אשר בנו ללא היתר (קביעה אשר חולקים עליה המערערים), הרי שזהו אינטרס ציבורי המצדיק את ההריסה בניסיונות העניין. ואולם, הוא נמנע כליל מהדיון בטיב ההחלטה האמורה להרוס ובאמות המידה הראויות לחול עת מחליטה הרשות הרלוונטית להרוס כפר הקיים ברשות המדינה ולבקשתה למשך כ- 55 שנים על מנת לבנות במקומו ישוב יהודי.

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

121. על הבקשות למתן צווי הריסה, חלים כללי המשפט המנהלי כגון ההגינות המנהלית, דוקטרינת ההגנה מן הצדק וההשתק והעדר קיומה של תשתית עובדתית רלוונטית עובר לקבלת ההחלטה המנהלית. כפי שיפורט לעיל, התשתית העובדתית המוכחת מובילה למסקנה, כי הבקשות למתן צווי הריסה הוגשו על מנת לפנות את אזור נחל יתיר, וזאת בכדי להקים באזור יישוב יהודי בשם "חירן".

122. לא זו אף זו, שהרי אם תאמר כי רשאית המשיבה להרוס ללא בחינת החלטתה האמורה במסגרת אמות המידה החוקתיות והמנהליות, דומה לקביעה כי החלטתה 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 או במשפט הפרטי בלבד של הסכס, היא חייבת לפעול על פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן הציבור."⁴ 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."⁵

⁴ בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(3) 725, 747 (1980).

⁵ בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(3) 725, 746 (1980).

123. 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 שווים זכויות ולבטל בכך רשות שניתנה להם לשימוש בקרקע 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 נו(6) 817, 834 (2003); אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, נבו הוצאה לאור (2010), עמ' 280 - (283).

124. המערערים 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).

125. הפסיקה הנ"ל מעלה את חשיבות סוגיית עקרונות ההגינות 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).

126. 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 בדלי"ת אמותיו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (ראה בג"ץ 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, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות".

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

127. ובעניין משה קצב נקבע בהקשר הזה, על ידי כב' השופטת פרוקציה כי:

"שיקול הדעת של היועץ המשפטי [...] ובענין העמדה לדין [...] חייב לעמוד במבחן הוראות החוק הנוגעות להליך הפלילי [...] במשולב עם העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי. על היועץ להשתית את החלטתו על שיקולים הוגנים ותמי-לב; עליו לפעול בהגינות וביושר; על החלטתו להתבסס על שיקולים ענייניים בלבד, מתוך כוונה להגשים את המטרות שלשמן נועדה הפעולה העומדת למבחן; החלטתו צריכה לעמוד במבחן השוויון בפני החוק

[...] השוויון מגן מפני הפלייה פסולה בין אדם לאדם בהעמדה לדין פלילי; הוא מגן מפני שרירות ושררה; השוויון בהעמדה לדין חיוני גם לבניית מערכת אמון של הציבור ברשויות התביעה. [...]

שיקול הדעת של ראש התביעה בפעולותיו במסגרת ההליך הפלילי חייב לעמוד גם במבחן הסבירות. סבירות בהקשר זה משמעה - שקילת מלוא השיקולים הרלוונטיים לענין, והם בלבד, וייחוס המשקל הראוי לכל אחד מהשיקולים הללו. סבירות ההחלטה נמדדת על-פי המשקל הפנימי-היחסי שניתן לגורמים העיקריים המעצבים את ההחלטה (השופט ברק בפרשת גנור, שם, בעמ' 513-514). במסגרת דרישת הסבירות, על היועץ המשפטי לאזן את האינטרסים השונים הפועלים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על-ידי המחוקק. איזון זה הוא סביר במקום שניתן המשקל הראוי לאינטרסים הרלוונטיים השונים הפועלים בגדר הנורמה החקיקתית שעל הרשות המוסמכת ליישם (השופט ברק בבג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י מא(1) 421 (1987)).

בג"צ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, 138-139 (טרם פורסם, ניתן ביום 26.2.08).

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

"[...] 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).

פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות

129. שגה בית משפט קמא עת קבע, כי צווי ההריסה אין בהם בכדי לפגוע בזכויות המערערים לקניין, לכבוד ולהליך הוגן וכי הצווים עומדים בתנאי פסקת ההגבלה (עמ' 32 להחלטה, שורות 6-4). המערערים יטענו, כי החלטתו של בית משפט קמא פוגעת בזכויותיהם לקניין, לכבוד ולשוויון, וכן בזכותם להליך הוגן, הן למצות את הגנתם כנגד תביעות הפינוי כנגדם וכן במסגרת ההליכים נשוא ערעור זה.

130. החלטתו של בית משפט קמא התעלמה כמעט כליל מזכויותיהם החוקתיות של המערערים ומהפגיעות העלולות להיגרם לזכויותיהם הללו כתוצאה מביצוע ההריסה. באשר לטענת המערערים לפגיעה בזכותם לשוויון, קבע בית משפט קמא, כי:

"המבקשים מתרעמים על כך שבכוונת המדינה לפנות מן המקום תושבים ערבים בדואים מתוך כוונה ליישב במקומם תושבים יהודים. אין ספק כי זאת טענה קשה ביותר, כפי שנטענה, ואם ימצאו המבקשים לנכון לעשות כן, הם יוכלו לפעול בעניין זה אצל הגופים המתאימים ובערכאות המשפיות המוסמכות. אין בידי בית-משפט זה, במסגרת דיון בבקשה לביטול צווי הריסה, לדון בטענות מסוג זה, שכן באות הן כנגד מדיניות גורמי השלטון ותוכניות המתאר במקום."

(עמ' 31 להחלטה, שורות 23-28).

131. מעברם הכפוי של המערערים למקרקעין כפי שתואר לעיל, וחלופי כ- 55 שנים של מגורים בכפר בתנאים קשים מצדיקים התייחסות מיוחדת והגנות יתר למבקשים שבית המשפט בערכאה הדיונית לא העניק. המערערים יטענו, כי הריסת בניהם גורמת בהכרח לפגיעה קשה ביותר בזכויותיהם החוקתית: לשוויון, לקניין ולכבוד ולהליך הוגן.

א. הפגיעה בזכות הקניין

132. המערערים 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. ההחלטה להרוס את בתי המערערים, מהווה פגיעה קשה בזכותם החוקתית לקניין, במיוחד, ושוב, לאור קביעתו של בית המשפט במסגרת ההליכים האזרחיים שנקטה המשיבה נגדם, כי הם בחזקת ברי רשות.

133. הריסת בית, הינה פעולה קיצונית, דרסטית ובלתי הפיכה. מקל וחומר, הריסתו של כפר שלם, וזאת תוך התעלמות גסה מההיסטוריה של הכפר ושל בניו, ומבלי לבחון כל חלופה תכנונית פחותה בחומרתה, במיוחד כשחלופה תכנונית המייעדת את השטח למגורים הינה ברת ביצוע, אפשרית ומוצעת על-ידי המשיבה עצמה.

134. אין להכביר מילים על מעמדה של הזכות לקניין המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפסיקה הכירה בהיבט הרגשי והאנושי של הזכות לקניין, אותו מבקשת המשיבה לבטל בריש גלי, תוך התעלמות מוחלטת מהזהות, ההיסטוריה והנסיבות הייחודיות של בעלי בתים אלה. יפים לעניין זה דברי בית המשפט הנכבד בעניין **מחול**, 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 מחול 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

135. המערערים יטענו כי ההחלטה להרוס את בתייהם ולהותירם בלי קורת גג, כאשר המשיבה היא זאת האחראית על יישובם בשטח בו בנו את בתייהם והשתקעו בו לפני למעלה מ- 55 שנים, פוגעת לאין ספור בזכותם של המערערים לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הריסתו של כפר שלם, ומחיקתו מעל פני הקרקע, משעמה הלכה למעשה שלילת זכותם של המערערים לדיו, וניתוקם מכל הסביבה שבה נולדו, גדלו והקימו בה חיי משפחה וחברה שמהווה עבורם מבצר ובית. על כן, ההתייחסות של המשיבה ושל החלטת בית משפט קמא לבתים אלה כאל בנייני בטון שבנקל ניתן להרוס בידיעה כי יוקם במקומם יישוב חדש המיועד למגורים, אך לא למגורי המערערים הינו פגיעה בצלם האנוש של המערערים.

136. 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' 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: "זכות 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 יעזובהו 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"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 562-561 (2005).

137. יתירה מכך, הלכה פסוקה היא כי הזכות לדיור הנה זכות חוקתית הנחשבת כחלק מזכות היסוד של האדם לכבוד. על חשיבותה של הזכות לדיור 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 דיור, 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) 375, 360 (2001).

ראו לעניין זה גם:

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

ג. הזכות לשוויון

138. הריסת בתי המערערים **כאשר המטרה היא ליישב במקומם אזרחים יהודים הינה פעולה הנוגעה באפליה פסולה ועל כן פוגעת בעקרון השוויון**. בנסיבות העניין, המשיבה והחלטת בית המשפט קמא העדיפה את האינטרסים של האזרחים היהודיים העתידיים של היישוב "חירן" על פני האינטרסים של המערערים 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.

139. שקלול ראוי של האינטרסים היה מוביל בהכרח להעדפת זכויותיהם של המערערים ושאר תושבי הכפר על פני זכויותיהם של אזרחים שאף זהותם טרם נודעה! מעבר לצורך בתיקון העוול ההיסטורי שהתבטא בטלטלה שחוו המערערים 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 הריסתה.

140. 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)).

141. 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)).

הצווים אינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה

תכלית בלתי ראויה

142. הלכה פסוקה היא כי הפגיעה בזכויות חוקתיות הינה מותרת אם היא עומדת בתנאי פיסקת 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).

143. המערערים יטענו כי בקשת המשיבה להרוס את הכפר אינה מהווה תכלית ראויה, כי הם לא ציינו עד כה מהי התכלית הלגיטימית העומדת מאחורי הוצאת הצווים בעת זו. המשיבה לא עמדה בנטל והוכיחה קיומו של אינטרס ציבורי המצדיק את צווי ההריסה ללא הרשעה מכוח סעיף 212. כאמור לעיל, סעיף זה מהווה נתיב חריג לטיפול בבניה בלתי מותרת המנוגדת לדיני התכנון והבנייה. המשיבה בחרה להשתמש בסעיף זה, מבלי לנסות ולאחר את בעלי הבתים ומבלי להוכיח כי ניצלה את כל האמצעים שבידיה לעשות זאת. נהפוך הוא, מהעדויות המפורטות לעיל, הוכיחה המשיבה כי בחירתה בסעיף 212 לחוק, אינו אלא ניסיון לזרז את הריסת הכפר ומחיקתו מעל פני האדמה.

144. ודוק, התנהלות המשיבה ובחירתה בסעיף 212 ללא התייחסות לנסיבות המיוחדות שבעניינם של המערערים, הינו כשלעצמו מנוגד לתכלית הסעיף, המיועד בטיפול במקרים פרטניים חריגים. במקרה דנן, עסקינן בעניינו של כפר שלם, שהמשיבה מבקשת להרוס באמצעות צווי הריסה סיטונאיים, ולא יעלה על דעתו של כל בר דעת כי לא היה ניתן לאתר ולו בעל בית אחד מבין כל הבתים אותם ביקשה המשיבה להרוס. לא לכך נועד סעיף 212 לחוק.

145. למותר לציין, כי אין בביטול צווי ההריסה משום הכרה בבנייה הבלתי מותרת, כטענת המשיבה. הפסיקה הרבה שעסקה בבקשות למתן צווי הריסה ללא הרשעה מכוח סעיף 212 קבעה לא אחת, כי אי מתן צווי הריסה כמבוקש אין משמעו הכרה בבנייה הלא מותרת (רע"פ 124/01 ניקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 151, 156 (2002)).

מבחן המידתיות

146. המערערים 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).

147. 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 מטרותיה 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).

148. 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).

א. מבחן הקשר הרציונלי:

149. המערערים יטענו שאף בהנחה שנעברה עבירת בנייה, כטענת המשיבה, הרי הוצאת צווי הריסה גורפים לכפר שלם ללא הרשעה, ומבלי נקיטה בפעולות אבחנה קודמות, אינו משרת את המטרה של סעיף 212 לחוק. כאמור, במידה וקיימת האפשרות בידי המשיבה לאתר ולזהות את בעלי הבתים אותם מבקשת להרוס, מתייטר הצורך בסעיף 212 לחוק, והליך ההריסה ללא הרשעה מתרוקן מתוכו.
150. לאור העדויות שעלו בדיונים, וכן מהתשתית העובדתית שהניחו המערערים בפני בית המשפט הנכבד, עולה בבירור כי המשיבה לא מיצתה את כל האמצעים הפתוחים בפניה לפי חוק לאתר את הבעלים, ולפיכך בקשותיה להריסה ללא הרשעה הינן מנוגדות לתכלית סעיף 212 לחוק.
151. יתירה מכך, אם נלמד לגבי כוונת המשיבה לייעוד אותו אזור היא מבקשת להרוס את בתי המערערים שבו, הרי על פי תוכניות המתאר, אזור זה מיועדת המשיבה כאזור מגורים. בנסיבות אלה, **להריסת בתי המערערים אין כל קשר למטרה הסופית אותה רוצה להשיג המשיבה באזור (פיתוחו למגורים)**. הרי ניתן לתכנן אותו לפי דיני התכנון אשר מחייבים שיתוף הציבור ושקילת האינטרסים הלגיטימיים של המעוניינים ללא הריסת בתי המערערים. נהפוך הוא, דיני התכנון מחייבים כשלעצמם שקילת האינטרסים הלגיטימיים של המערערים והתאמת התכנון העתידי לרווחתם. לכן, תכנון ראוי ובהתאם לחובות מהמשפט המינהלי שחלים על רשויות התכנון מחייב דווקא תכנון ללא הריסה.

ב. מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה):

152. המערערים הצביעו בבקשה וכן במהלך חקירת העדים מטעמם ומטעם המשיבה, כי לא נבחנו נתיבים אחרים לטפל בבעייתם הכאובה של המערערים, ובמקום זה הם בחרו באמצעי הדרסטי ביותר, היינו, הוצאת צווי הריסה גורפים כנגד בנייני כפר שלם, תוך התעלמות מוחלטת מהחלופות התכנוניות האחרות הנמצאות על הפרק לגבי השטח עליו בנוי הכפר. מבחינת המשיבים די בכך שהיה מדובר במבצע כדי להצדיק את הוצאתם של הצווים, דבר המנוגד לפסיקה שדנה במבחן המשנה השני שלפיה החלטה גורפת הינה כלשעצמה בעייתית ולא מקיימת את תנאי המבחן. בפרשת **בית סוריק**⁶ 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**⁷, 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.
153. למותר לציין כי חוק התכנון והבנייה עצמו מציע נתיב אחר להריסה לאחר הרשעה, וזאת במטרה לרכך את הפגיעה הקשה הנוצרת כתוצאה מהריסת קניינו של האדם לאור מעמדה של זכות חוקתית.

⁶ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 851-850 (2004).

⁷ בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).

לצורך כך, נפתח הליך פלילי המחייבת הבאת ראיות והוכחת דבר העבירה מעבר לכל ספק סביר, תוך מתן הזדמנות לנאשם לטעון כנגד בקשת ההריסה ולהביא את ראיותיו לסתור את טענות המשיבה. כל זה על מנת להבטיח את זכותו של הפרט להליך הוגן.

154. למעלה מזאת יודגש כי אף בית המשפט לא הורה, לאחר שהניחה המשיבה את בקשותיה בפניו, לנקוט באמצעים חלופיים להביא לידיעת המערערים את דבר קיומו של ההליך נגד בניהם, ולא בחן אם המשיבה אכן ביצעה פעולות כאלו שיש בהן בכדי להפחית את הפגיעה הכרוכה בעניין ההריסה ללא הרשעה.

ג. מבחן המידתיות הצר:

155. 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 שמדינה דמוקרטית תנקוט בצעד המבוקש? האם הנזק לערכים הדמוקרטיים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של מעשה הרשות.

156. 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).

157. ולכן תישאל השאלה האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם כדאי להרוס ולפנות אזרחים ממוקם מושבם במשך יותר מ- 55 שנים לשם יישוב אוכלוסייה אחרת באזור?

158. המערערים יטענו, כי ערכי השיטה המשפטית אינם סובלים מחיקת כפר מעלי אדמות, אינם סובלים השלכת משפחות אל הרחוב, אינם סובלים פגיעה בילדים, אינם סובלים יצירת טראומה לתושבים על לא עוול בכפם ואינם סובלים הריסה בנקל.

159. נחזור ונדגיש כי אין כל אסמכתה מוסרית או משפטית למתן צווי הריסה לכפר שלם המונה כ- 500 תושבים, מבלי לתת לתושביו את האפשרות להתגונן ולטעון את טענותיהם כנגד פעולה זו. הריסה שיטתית, סיטונאית, בלתי מרוסנת זו הינה אופיינית למשטרים לא דמוקרטיים שאינם נותנים כל משקל וכבוד לאדם כאדם ולזכויותיו הבסיסיות. בל יישכח, כי במידה ויאושרו צווי הריסה אלה ויוצאו אל הפועל, לא יהיה ניתן להחזיר את הגלגל אחורה, ולפצות את המערערים על הפגיעה בזכויותיהם.

160. יתירה מזו, הריסה משמעה סיכול התביעה האזרחית שמנהלת המשיבה כנגד המערערים, ואשר יכול ותביא לפתרון בעייתו של הכפר אום אלחיראן/עתיר בדרך צודקת וראויה המכבדת את זיקתם ההיסטורית של תושביו למקום, וזאת מבלי להידרש לאמצעים קיצוניים כמו הריסת ומחיקת הכפר מהיסוד.

לאור כל המקובץ לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבל את הערעור דנן ולבטל את צווי ההריסה כנגד בתיהם של המערערים. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות משפט.

אראם מחאמיד, עו"ד

סוהאד בשארה, עו"ד

ב"כ המערערים

חיפה, 24.1.2012