

1. אוסאמה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
2. אמיר אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
3. אמל אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
4. ג'אסר אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
5. ג'ברין אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
6. הנה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
7. וופה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
8. ח'יתאם אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
9. כאמלה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
10. לואי אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
11. מייסר אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
12. מרים תראבין ת.ז. [REDACTED]
13. נאג'ח אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
14. נואל אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
15. סאוסן אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
16. סאמי אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
17. סלים אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
18. עבד אלרחמאן אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
19. עטווה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
20. פרגה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
21. ראאד אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
22. ראפת אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
23. ראתב אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
24. רדא אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
25. רודינה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
26. רוקייה אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
27. ר'סאן אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]
28. תייסיר אבו אלקיעאן ת.ז. [REDACTED]

כולם ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני ו/או
חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או פאדי חורי

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090 ;
טלפונים ליצירת קשר : 054-2490669 ; 050-7456580

1. רשות מקרקעי ישראל

ע"י מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה
מר' צלאח א-דין 31, ירושלים 9711054
פקס: 02-6467011;

2. חירן – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ

ד.נ. הר חברון 8498900

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי
וצו ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבה לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא להימנע מהריסת ופינוי כפר אום אלחיראן משום שלא הוסדר לתושבי הכפר דיור הוגן ונאות ולא הוצעה להם נוסחת פיצוי, וזאת בניגוד הן לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **אבו אלקיעאן** שניתן במאי 2015 (רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל** (פורסם במאגרים, 5.5.2015) להלן: עניין **אבו אלקיעאן**) והן לקביעותיה של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז דרום מיום 21.8.2017, אשר קבעה כי לא הוצע דיור זמין ונאות לעותרים ו"כי הדרך הראויה מבחינה תכנונית להסדרת מגורים היא בדרך של מגורי קבע ולא באמצעות מגורים במבנים זמניים";

ב. מדוע לא ייקבע כי אין בחורה דיור חילופי זמין ונגיש ונאות לעותרים כפי שגם הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מציינת ביום 21.8.2017: "על-פי בדיקה שנערכה על-ידי הרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב (להלן: "**רשות הבדואים**" או "**הרשות**"), לא ניתן מבחינה שבטית-חמולתית להסדיר את ההתיישבות של אוכלוסיית אום אל חירן בשכונות אחרות בחורה שטרם אוכלסו".

ג. מדוע לא להימנע מהריסת ופינוי כפר אום אלחיראן כי התברר באוגוסט 2017, בניגוד למה שהוצהר על ידי המשיבה בפני בית המשפט העליון ובניגוד למה שצוין בפסק הדין **אבו אלקיעאן**, כי הישוב חירן שיוקם על חורבות הכפר אום אלחיראן אינו ישוב כללי שפתוח לכל החפץ בכך (כולל תושבי אום אלחיראן) אלא הוא ישוב שמתוכנן ומיועד ליהודים בלבד "ככפר קהילתי תורני ברוח ערכי היהדות האורתודוקסית";

ד. מדוע לא לשקול מחדש את החלטת הפינוי והריסת כפר אום אלחיראן וכן להורות על ביטולה וזאת לאחר שהתגלתה תשתית עובדתית חדשה וברורה לפיה תכלית הפינוי הינה גזענית שמטרתה להקים ישוב המיועד ליהודים בלבד על חורבנות אום אלחיראן.

ה. מדוע לא תמנע המשיבה מכל שיתוף פעולה מכל סוג שהוא הקשור לבנייה, תכנון, שווק והתיישבות בחירן עם "חירן – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ" וזאת לאחר שהתברר כי התקנון של האחרונה הינו גזעני ומפלה ;

מבוא

1. סוגיית פינוי הכפר אום אלחיראן הינה אחת הסוגיות הקשות ביותר בהיסטוריה המשפטית הנוגעת לאזרחים הערבים בישראל מאז 1948. תושבי הכפר הינם בני-רשות שהועברו לאזור מגוריהם הנוכחי בהוראות המדינה בשנת 1956 והם מתבקשים כעת להתפנות בשנית, לאחר עשרות שנים, על מנת להקים במקומם ישוב יהודי ואף מבלי להציע לתושבי הכפר דיור חילופי, נאות והוגן ומבלי להציע להם נוסחת פיצוי ברורה. והכל בניגוד מוחלט הן לפסק הדין **אבו אלקיעאן** שניתן בעניינם במאי 2015 והן להלכה הפסוקה.

2. בשנת 2004 פתחה המשיבה מס' 1 (להלן: "**המשיבה**") בהליכים אזרחיים לסילוק יד, בפני בית המשפט השלום בבאר שבע, נגד תושבי הכפר אום אלחיראן בעילה שהם במעמד פולשים אל מקרקעין שבבעלות המדינה. המשיבה טענה ובעקשנות, לאורך כל ההליך, שהם פולשים וזהו למעשה הטיעון המרכזי שהיה לתביעות הסילוק. אך הברור המשפטי הגיע למסקנה כי הם ברי רשות ולא פולשים וכי הם הועברו לשטח על פי צווים של המושל הצבאי.

3. בית המשפט העליון, ביושבו כבית משפט לערעורים, אישר בפס"ד **אבו אליקעאן** וברוב דעות (השופטים רובינשטיין והנדל כנגד עמדתה של השופטת ברק-ארז) את הליכי סילוק היד כשבבסיס ההחלטה עומדת ההנחה שהסילוק לא ישאיר את התושבים ללא פיצוי כלשהו ולא יביא לזריקתם לרחוב. וכי, כפי שהובטח על ידי המשיבה בפני בית המשפט העליון, יסופק לתושבי הכפר דיור זמין, נאות והוגן בחורה וכי הם זכאים לפיצוי וכי הישוב שיוקם על חורבנות אום אלחיראן הינו ישוב כללי שפתוח לכל, כולל גם לתושבי אום אלחיראן. אכן קביעותיו אלו של בית המשפט הסתמכו אך ורק על הצהרות והבטחות המשיבה שניתנו בכתב וכחלק מטעוניהם בעניין סילוק היד.

4. לאחר מתן פסק דין **אבו אלקיעאן** התקיימו מגעים עם חלק מהעותרים על מנת להגיע להסדר בדבר פינוי-פיצוי שיכלול דיור חלופי כמצוות פס"ד **אבו אלקיעאן**. אך התברר, וכפי שעתירה זו מוכיחה כי על אף פניות בכתב מטעם העותרים, מעולם לא הוצעה לעותרים הצעה קונקרטית בדבר דיור חלופי זמין ; מעולם לא הוצעה נוסחת פינוי-פיצוי נאותה וכי גם לפי החלטה מהתקופה האחרונה של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה – מחוז דרום, אין דיור חלופי זמין בחורה שיכול לאכלס את תושבי אום אלחיראן ; וכי בניגוד להצהרות המשיבה שהועלו בפסק דין **אבו אלקיעאן**, התברר באוגוסט 2017 כי הישוב חירן שיוקם על חורבנות אום אלחיראן הינו ישוב יהודי-תורני ולא ישוב כללי. בהקשר זה יצוין כי כל ההתכתבויות והפניות שבכתב ואשר הופנו אל הרשויות בענין התשתית העובדתית הזו מעולם לא נענו.

5. ביום 21.3.2018, הודיעה המשיבה לעותרים, באמצעות צווים שהודבקו על בתיאם, כי בין התאריכים 15.4.2018 ועד 29.04.2018 יפנו אלה מבתיאם וכפרם ייהרס, והכל מבלי לקיים דבר וחצי דבר ממה שהובטח על ידי המשיבה בפני בית המשפט העליון.
6. המשמעות של מימוש ההחלטה היא זריקת כ- 350 תושבי אום אלחיראן אל הרחוב ובתנאים בלתי אנושיים, ללא דיור חלופי, ללא פיצוי עבור הפינוי, והכל למען מימוש תכלית גזענית שמעולם לא נידונה.
7. החלק העובדתי של העתירה יוכיח כי גם אלה מבין תושבי אום אלחיראן אשר בתיאם נהרסו בינואר 2017 כחלק מפינויים בכוח, עודם יושבים בכפר, למעלה משנה כעת, חלקם בבתיאם של משפחות אחרות וחלקם באוהלים כאשר תנאי מחייתם הינם מסוכנים, בלתי הולמים ואף בלתי אנושיים. זוהי התמונה שביכולתה להעיד על גורלם של 350 משפחות תושבי הכפר באם יפנו וייהרסו בתיאם.
8. ודוק, וכפי שנסביר בפרוטרוט בחלק המשפטי, פס"ד **אבו אלקיעאן** אינו מחייב את הריסת ופינוי הכפר אלא הוא רק מאשר החלטה מינהלית על בסיס תשתית עובדתית מסוימת כהחלטה סבירה עם תנאים מסוימים. ההלכה הפסוקה קובעת, כי כשמתגלה תשתית עובדתית חדשה היורדת לשורשו של ענין, חובה על הרשות המנהלית לבחון אותה מחדש וכי בחינה זו תהיה כפופה גם לביקורת שיפוטית מחודשת. נביא דוגמאות רבות מן הפסיקה העליונה שלפיה, בית המשפט הנכבד בחן את יישומן של החלטות מינהליות מקוריות, גם כאשר אלה אושרו בפסק דין, וזאת כשהתגלו נסיבות חדשות שיורדות לשורשו של ענין.
9. במקרה דנן, העותרים טוענים כי מימוש החלטת הפינוי הינו מנוגד לפסק דין **אבו אלקיעאן** ומהווה ביזוי לבית המשפט הנכבד, ועל כן הוא עומד בניגוד לשלטון החוק. שכן, החלטת הפינוי נשענת כעת על תשתית עובדתית שמעולם לא נידונה; והיא מנוגדת להנחות היסוד שבפסק הדין **אבו אלקיעאן**; אין פסק דין שמאשר ומחייב הריסת הכפר והשארת תושבי הכפר עם "שוקת שבורה" ללא דיור חלופי במיוחד כשהם ברי-רשות; אין פסק דין שמאשר החלטה גזענית שלפיה ייהרס כפר בדווי למען הקמת ישוב יהודי-תורני על חורבנותיו. כמו כן, מעולם לא נידונה בפני בג"ץ השאלה האם מותר להרוס כפר ערבי למען הקמת ישוב יהודי על חורבנותיו. נהפוך הוא, ההלכה הפסוקה קובעת כי בני רשות זכאים לדיור חלופי מיידי ולפיצוי וכי אסור לבצע חילופי אוכלוסין בישוב על בסיס שיוך אתני.
10. יוצא כי הפינוי בנסיבות דנן הינו אכזרי ביותר, משפיל ובלתי אנושי כלפי גורלם של כ- 350 נפשות. לכן החלטת הפינוי בתנאים אלה פוגעת בזכויותיהם החוקתיות של העותרים ובראשם הזכות לכבוד, קניין ושוויון, וזאת לאור ההשפלה הכרוכה בהחלטה המאפשרת הריסת בתיאם וזריקתם לרחוב ללא קורת גג וללא תנאי מחיה אנושיים מינימליים, למען הקמת ישוב יהודי על חורבנותיהם, והכל בניגוד לפסק דין **אבו אלקיעאן**, להלכה הפסוקה בענין פינוי-פיצוי וכן בניגוד להחלטות ועדת תכנון מחוזית אשר ניתנו במסגרת תכנית מתאר למגורים זמניים לתושבי אום אלחיראן, לאחר מתן פס"ד **אבו אלקיעאן**.

11. בית משפט נכבד זה הוא הערכאה היחידה המוסמכת לדון בסעדי עתירה זו. שכן, בג"ץ הוא המוסמך היחיד שרשאי להעביר ביקורת שיפוטית על החלטת הפינוי על בסיס התשתית העובדתית החדשה היורדת לשורשו של ענין; הוא המוסמך היחיד לבחון מחדש החלטה מינהלית שאושרה במקור על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים ועל בסיס הנחות או תשתית שונה לגמרי מזו המתגלה כעת; והוא המוסמך היחיד לדון בשאלה שמעולם לא נידונה: האם מותר לרשויות לבצע חילופי אוכלוסין על בסיס שיוך אתני ביישוב ללא הסכמת תושביו שהם ברי רשות.

בקשה למתן צו ביניים

ולחילופין קיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו ביניים המורה על עיכוב ביצוע פינוי והריסת בתיהם של העותרים, תושבי כפר אום אלחיראן וזאת עד להכרעה בעתירה דן. כמו כן בית המשפט מתבקש להורות, לחילופין, על קיום דיון דחוף בעתירה לגופה.

1. העותרים הינם תושבי הכפר אום אלחיראן שבנגב.

2. לפי צווים אשר הודבקו על כלל הבניינים באום אלחיראן, ביום 21.3.2018, הודיעו מלשכת ההוצל"פ בבאר שבע כי צווי הפינוי וההריסה יבוצעו בין התאריכים 15.4.2018 ו- 29.4.2018.

== מצ"ב העתק דוגמה של אחד הצווים אשר הודבקו כנספח ע/1.

3. בנסיבות הענין, אי עיכוב ביצוע צווי הפינוי וההריסה, שהינו צעד בלתי הפיך, עלול לסכל את מטרת העתירה דן. לפי מאזני הנוחיות, ההיעתרות לבקשה זו לא תגרום נזק כלשהו למשיבה בגין עיכוב ההליכים, אך אי עיכובו ייתר את העתירה ויגרום נזק בלתי הפיך לעותרים במיוחד כאשר הם מתגוררים בכפר יותר מ- 60 שנים.

4. הנזק הבלתי הפיך שייגרם לעותרים ולכלל תושבי אום אלחיראן – כ- 350 במספר - הוא זריקתם לרחוב ללא קורת גג, והכל בניגוד לפסק הדין של בית המשפט העליון אשר קבע כי הם אינם פולשים או עברייני בנייה אלא יושבים בבתיהם מזה עשרות שנים וברשות מן המדינה ועל כן ובהתאם לפסק דין של בית המשפט העליון, אסור לפנות ללא פיצוי והסדר הולם והוגן לדיור נאות וזמין.

5. הנפקות המעשית לאי היעתרות לבקשה זו היא הריסה מיידית לבתיהם של העותרים וכן סיכול האפשרות לפיה יתקיים דיון נאות וראוי שמבקש להעמיד את המשיבה על החובות המוטלות עליה לפי פסק הדין.

6. בתי המשפט בעניינים כגון אלה נעתרים לבקשות העיכוב וזאת מחמת הנזק האדיר והבלתי הפיך של מהלך כגון דא. כך למשל היה בענין **שויקי** בו נדונה שאלת עיכוב ביצועו של צו הריסה מנהלי עד למתן פסק דין בעתירה מנהלית שהוגשה בהליך נפרד לבית המשפט המחוזי.

באותו הליך הגישו בעלי המבנה 11 בקשות שונות בכדי לבטל או לדחות את מועד ביצוע צווי ההריסה. למרות שהמבקשים באותו הליך מיצו לכאורה את כל ההליכים הפתוחים בפניהם, אך מאחר ובמקביל התנהל הליך נוסף שתוצאותיו ישפיעו בהכרח על ההליך העיקרי, מצא בית המשפט לנכון להיעתר לבקשת המבקשים עד למתן פסק דין בהליך הנוסף **וזאת ללא קביעת תנאים מוקדמים לכך**, באומרו כי:

"באיזון בין הנזק העלול להיגרם למשיב בעיכוב ביצוע צו ההריסה המנהלי לבין הנזק שייגרם למערערים אם לא יעוכב ביצוע צו ההריסה המנהלי, ידם של המערערים על העליונה. **נראה, כי הריסת המבנה, בשלב זה בו מתנהלת עתירה מנהלית, היא חסרת טעם ועלולה לייתר את ניהול ההליך בבית-המשפט המחוזי בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים.**"

ע"פ 9019/09 שויקי נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים (פורסם במאגרים, החלטה מיום 25.11.09).

7. דוגמא נוספת ניתן למצוא בהחלטת בית המשפט העליון בעניין **בויראת** בו ניתן סעד זמני לאסור על הוועדה המקומית לתכנון ולבניה בעירון לבצע כל פעולה המשנה את המצב הקיים במקרקעין, ובין היתר להרוס את המבנים שבחזקת המבקשים. בהינתן שאחד המבנים הינו מבנה מגורים ובהינתן ההערכה המבוססת כי הריסת המבנים וסלילת הדרך באותו שלב עלולים לסכל את הדיון בערעור (ע"מ 3300/14 **בויראת נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה עירון** (פורסם במאגרים, 31.7.2014).

8. הדברים האמורים מקבלים כמובן משנה תוקף היות ומדובר בהריסת כפר שלם שאי מתן הצו ישאיר מאות אזרחים במצבים אכזריים, ללא קורת גג ובמצב בלתי הפיך. תוצאה קשה מאין נשוא.

9. העתירה מבוססת על מסכת עובדתית ברורה וטיעונים משפטיים כבדי משקל, ולכן סיכוייה להתקבל הינם טובים. שכן, וכאמור, המשיבה מבקשת לפנות כפר שלם להרוס את בתיים של 350 תושביו מבלי להבטיח להם דיור נאות וזמין.

10. נימוקי העתירה לגופה ונספחיה מהווים חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

רקע עובדתי

1. פסק דין אבו אלקיעאן כרך את הפינוי של העותרים וכלל תושבי אום אלחיראן בדיור חלופי זמין ובפיצוי עבור ההשקעה הקניינית של התושבים ומעברם. שופטי ההרכב בעניין **אבו אלקיעאן** הסכימו, כדברי כב' השופטת דפנה ברק ארז, כי "למעשה אין מחלוקת בענייננו כי המבקשים זכאים לקבל פיצוי בגין פינויים מן המקרקעין, שכן אף המדינה מציעה להם פיצוי כזה."

2. לגופה של מתכונת הפיצוי, המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין כתוארו אז קבע כי :

"בנשימה אחת נאמר, שברי כי כאשר מדובר בפינוי מי שיושבים בשטח שנים רבות, **אין המדובר לא בגירוש ולא בהפקרה, אלא הפינוי המוצע כרוך בהצעות שונות של מעבר, בינוי, פיצוי, ואפשרות מגורים**, אם בעיירה חורה אליה עברו מרבית יושבי הכפרים הלא חוקיים בהם מדובר, ואם בישוב חירן העומד לקום, בתנאי רכישה "כלליים" אך תוך פיצוי, ככל הנראה, על השקעות בבניה (אף שזו היתה לא חוקית), בשל הותק." (פסקה כ')

ובהמשך :

"בהקשר זה יודגש לסיכום – ואין הדבר מבטא כהוא זה הקלת ראש בקושי הכרוך בפינוי אדם ממקום מושבו שנים רבות – **כי פינוי המבקשים אכן אינו מותירם בפני שוקת שבורה. רשאים הם לעבור לישוב חורה, בתנאים המיטיבים שנקבעו לכך**, ובכך ניטל מעוקצה של הטענה בדבר פגיעה בזכות קניין [...] ויתרה מכך, על פי הודעת המשיבה מיום 5.10.14, תושב הכפר שירכוש מגרש בישוב חירן, יתכן שיהא זכאי לקבל פיצוי בגין הריסת ביתו – בכפוף לאישור ועדת הפשרות – הטבה הניתנת ברגיל לתושבי הפזורה העוברים לישוב בדואי. ועוד, לדעתנו ראוי שהמשיבה תשקול באורח מתאים והוגן שאותם תושבים שיוכחו כי הם מן "הגרעין ההיסטורי" של מי שהגיעו למקום – אום אלחיראן – כבני רשות, יקבלו הטבה מסוימת במסגרת מכרזי השיווק בישוב החדש חירן; בכך יהא גם משום תשומת לב מצד הרשויות להיות חלק מן הנוגעים בדבר בני רשות ולא פולשים."

== מצ"ב העתק פסק הדין רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל** (פורסם במאדריס, 05.05.2015) והמסומן כנספח ע/2.

3. כמו כן, בית המשפט הנכבד הסתמך על הבטחות המשיבה וקבע, כי הישוב חירן שיוקם במקום אום אלחיראן אינו ישוב ליהודים בלבד אלא ישוב כללי הפתוח לכלל אזרחי מדינת ישראל כולל תושבי אום אלחיראן.

4. על יסוד הנחות אלה קבע כב' השופט רובינשטיין כי החלטת הפינוי הינה מידתית משום שהובטחה חלופת דיור זמינה בחורה וכי הישוב חירן אינו ישוב סגור אלא פתוח לכל. על בסיס הבטחות והצהרות המשיבה, קבע כב' השופט רובינשטיין כי פינוי התושבים מבתי מגוריהם "אינו מותירם בשוקת שבורה" וכי "לא מדובר בגירוש ולא בהפקרה" וכי "נדמה כי פעולות המשיבה בהקשר דנא נסבו על תשתית עובדתית ונורמטיבית רלבנטית, ובין היתר [...] קיום פתרון מידי וזמין בדמות המעבר לישוב חורה [...]". כמו כן, הסתמכה עמדת הרוב על כך שהישוב חירן המתוכנן הינו ישוב כללי שפתוח לכלל התושבים, ובין היתר לתושבי אום אלחיראן שיוכלו לבחור להתגורר בו כחלק מהאוכלוסייה הכללית.

5. חשוב לציין, כי מעולם לא התקיים דיון בפני בית המשפט העליון בעניין **אבו אלקיעאן** בשאלת קיומה של חלופת דיור נאותה והוגנת לתושבים בחורה, והדיון כולו ניסוב בשאלת הפינוי והדירותה של הרשות שניתנה להם מזה עשרות שנים. אולם בית המשפט הנכבד קבע את הקביעות הנ"ל בהסתמך על ההצהרות וההבטחות שהועלו בכתב מטעם המשיבה בלבד.

6. בכל מקרה, מתברר היום כי אין פתרון לדיור חלופי מיידית וזמין לתושבי הכפר, וכן כי הישוב חירן שיוקם על חורבנות אום אלחיראן הינו ישוב המיועד ליהודים בלבד, כפי שיפורט להלן.

7. בהקשר זה נציין כי אמנם נידונו בין תושבים באום אלחיראן לבין רשות הבדואים הצעות למגוריהם, שבעיקרם היו בחורה, אך פתרונות אלה לא היו זמינים, לא ישימים ולא עונים על תנאי תכנון קבוע ונאות. כך גם מסרבת המשיבה לפרט בפני העותרים הצעה מסודרת ומפורטת בכתב; המשיבה, באמצעות רשות הבדואים, חזרה בה מהצעות שהיו בשלבי בדיקה, כפי שיפורט להלן; ואין בידיה כעת כל הצעה הולמת, זמינה וישימה. הלכה למעשה, עד כה לא הוצעה לעותרים שום הצעה קונקרטית, נאותה והולמת להסדר בעניינם.

8. נציין כבר כאן, כי העותרים פנו בעבר לכלל הנוגעים בדבר אודות העדרו של פתרון הולם לעניינם ואף ביקשו שתפורט בפניהם הצעה בכתב בדבר הפיצוי שהם זכאים לו ובדבר חלופות הדיור והפתרון המוצע עבורם, אך אף אחד מהמכותבים לא טרח להשיב למכתבים הנ"ל. כך למשל פנו העותרים ביום 23.11.2016 אל היועץ המשפטי לממשלה וביקשו כי הנ"ל יורה על עיכוב הפינוי וההריסה כל עוד לא קיים הסדר מוסכם על התושבים. כמו כן התבקש היועמ"ש לספק הצעת הסדר בכתב, אך כאמור, ללא כל מענה עד עצם היום הזה.

== מצ"ב מכתב מיום 23.11.2016 בנושא העדר פתרון זמין לתושבי אום אלחיראן כנספח ע/3.

9. מכתב נוסף בדבר העדר דיור חלופי נשלח שוב ליועץ המשפטי לממשלה ביום 21.3.2018 בו נתבקש הנ"ל גם הפעם להורות על עיכוב הפינוי וההריסה בנסיבות האמורות, ושוב ללא כל מענה. מכתב נוסף בהקשר הזה נשלח שוב ליועמ"ש וכן לאגודה השיתופית חירן ביום 3.4.2018 ושוב ללא כל מענה.

== מצ"ב המכתבים מיום 21.3.2018 בנושא העדר פתרון זמין לתושבי אום אלחיראן כנספח ע/4.

== מצ"ב המכתבים מיום 3.4.2018 כנספח ע/5.

10. נציין בהקשר הזה גם, כי בהזדמנויות שונות בעבר, פנו תושבי אום אלחיראן במרוצת 2016 ו-2017, הן לראש לשכת ההוצל"פ בבאר שבע (7-05-12369-14 וערעור לבית משפט השלום (16-11-48390)) והן לבית משפט השלום בבאר שבע (שתי בקשות במסגרת התיק המקורי ת"א (ב"ש) 3326/04 בו ניתנו הצווים, הראשונה ביום 21.11.2016 והשנייה ביום 1.3.2017) ואף בבקשת רשות ערעור לבית משפט המחוזי בבאר שבע ((רע"א 16-11-55332; רע"א 05-39866-17), בבקשות לעכב את הליך הפינוי ולהאריך את תקופת ביצוע הצווים, עד אשר יגיעו אלה להסדר מוסכם עם הרשויות באשר לפתרון הולם לסוגיית כפרם. הליכים אלה לא נשאו פרי היות ובתי המשפט קבעו, בין היתר, כי אין בידיהם סמכות כזו וכי מבחינתם פסק דין של בית המשפט העליון הינו סופי ועל כן הם חזרו שוב ושוב על אמירת בית משפט נכבד זה בפסק הדין בעניין **אבו אלקיעאן** לפיהן קיימת חלופת דיור זמינה בחורה והכל מבלי לקיים דיון כלשהו בענין.

11. במילים אחרות, בהעדר בירור עובדתי וללא קיום דיון כלשהו, ואף ללא זימון הצדדים, הערכאות הנ"ל דחו את הבקשות כי הם התייחסו לקביעות בעניין **אבו אלקיעאן** כקביעות

סופיות, בדוקות שהתקיים בעניינם דיון וההכרעה ולא כדברים שאומצו ונשענו על הצהרות המשיבה.

12. יצוין גם כי החלטות אלה התייחסו לתקופה של 2016 והחצי הראשון של שנת 2017, ובטרם קבלת החלטות של ועדות התכנון שיפורטו בהמשך - שקבעו כי אין דיור חילופי זמין לעותרים בחורה. כמו כן החלטות אלו לא נגעו לסוגיית התכנון הגזעני של המשיבה מספר 2, כאשר התברר רק לאחרונה ובאוגוסט 2018 שחירן הינו ישוב המיועד ליהודים בלבד.

== מצ"ב העתק ההחלטות בבקשת העיכוב כנספח 6/ע.

13. בכל מקרה, וכאמור, בית משפט נכבד זה הינו הערכאה היחידה המוסמכת היום לדון בסעדים שבעתירה זו. הסעדים המבוקשים בעתירה דנן מעולם לא נידונו באף ערכאה אחרת וגם אין ערכאה שיפוטית המוסמכת לדון בהם מלבד בג"ץ. התפתחויות לאחר מתן פס"ד אבו אלקיעאן מחייבות דיון מחדש בדבר חוקיותה של ההחלטה בדבר הפינוי בעת הזו, שכן נסיבות חדשות היורדות לשורשו של עניין מחייבות לפי ההלכה הפסוקה, שקילה מחדש של ההחלטה המנהלית כפי שנסביר בחלק המשפטי של עתירה זו.

ההתפתחויות המהותיות לאחר פסק דין אבו אלקיעאן

בהעדר דיור חלופי – רשות הדווים מתכננת אתר למגורים זמניים

14. המשיבה לא רק פועלת בניגוד לפסק דין אבו אלקיעאן, כפי שפורט לעיל, אלא גם להחלטות תכנוניות חדשות.

15. בהעדר פתרון הולם, הפקידה רשות הבדואים בספטמבר 2017 תכנית מתאר לאתר מגורים זמניים לתושבי אום אלחיראן (תכנית מס' 652-0496000 – "מבנים זמניים למגורים לאוכלוסיית אום אל חירן") בפני הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז דרום (להלן: "ועדת התכנון המחוזית"). מטרת התכנית הינה ייעוד מתחם למגורים זמניים לתושבי אום אלחיראן לתקופה של 5 שנים עם אפשרות להארכה ל- 5 שנים נוספות. במסגרת ההחלטה לעניין הפקדת התכנית ציינה ועדת התכנון המחוזית:

"כי הדרך הראויה מבחינה תכנונית להסדרת מגורים היא בדרך של מגורי קבע ולא באמצעות מגורים במבנים זמניים. הועדה פונה לגורמים הרלוונטיים להאיץ את קידומה של התכנית למגורי הקבע". (החלטה מיום 21.8.2017)

16. במסגרת התכנית הנ"ל, ובניגוד להצהרות המשיבה בפני בית המשפט העליון, נימקה רשות הדואים, בפני ועדת התכנון המחוזית, את הצורך בתכנית בכך שאין לעותרים דיור זמין בחורה. הדבר עולה מפורשות מתמליל הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה אשר החליטה על הפקדת התכנית הנ"ל וגם מן מסמך החלטות הוועדה מיום 21.8.2017 בו צוין:

**"על-פי בדיקה שנערכה על-ידי הרשות להסדרת התיישבות
הבדואים, לא ניתן מבחינה שבטית-חמולתית להסדיר את
ההתיישבות של אוכלוסיית אום אל חירן בשכונות אחרות בחורה
שטרם אוכלסו".**

== מצ"ב העתק מהתכנית כנספח ע/7.

== מצ"ב העתק מהחלטת הוועדה מיום 21.8.2017 כנספח ע/8.

== מצ"ב העתק מהתנגדות תושבי אום אלחיראן לתכנית המגורים הזמניים כנספח ע/9.

17. לתכנית הנ"ל הוגשו התנגדויות מטעם המועצה מקומית מיתר, המועצה מקומית חורה - שנמצאת בתחום שיפוטן של מועצות אלו. וכמובן הוגשות התנגדויות גם מטעם תושבים מכפר אום אלחיראן. בהתנגדותם טענו התושבים כי התכנית עומדת בניגוד להוראות פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **אבו אלקיעאן**; כי תכנית זו אינה סבירה מבחינה תכנונית; משרתת תכלית גזענית ולא ראויה וכן פוגעת בצורה לא מידתית בזכויות חוקתיות של התושבים.

18. לאחר הגשת ההתנגדויות, ביקשה הוועדה המחוזית מכתב הבהרות מרשות הבדואים, ובין היתר התבקש מנכ"ל רשות הבדואים להציג בפני הוועדה את הסכם העקרונות אשר לטענתו נחתם בינו לבין נציג התושבים - העותר מס' 19. רשות הבדואים אשר טענה כי אין ביכולתה למסור העתק מההסכם, טענה כי הוא מבוטל מחמת הפרתו על ידי עצם הגשת התנגדויות התושבים לתכנית המעבר הזמני. וכך, מסכם מכתב הרשות כי: "לאור זאת, ההסכם בוטל ותושבי אום אלחיראן יעברו לשכונה 12 בחורה". זאת בניגוד מוחלט להצהרת מנכ"ל הרשות, לקראת הפקדת התכנית, כי חורה איננה יכולה להוות פתרון לתושבי אום אלחיראן כפי שפורט לעיל.

19. לאחר דיון בהתנגדויות בפני הוועדה המחוזית ביום 8.1.2018, חזרה הוועדה שוב על כך כי "הדרך הראויה מבחינה תכנונית להסדרת מגורים היא בדרך של מגורי קבע ולא באמצעות מגורים למבנים זמניים". לאור ההפכפכות בעמדת רשות הבדואים, החליטה לבסוף הוועדה המחוזית:

"כי כיוון שהמצע העובדתי העולה ממכתבו של מר יאיר מעיין שונה לחלוטין מהמצע העובדתי שעמד בפניה בעת החלטת ההפקדה, יש צורך לברר עניין זה. על כן, הועדה תקיים דיון פומבי נוסף בתכנית זו בתוך 60 ימים, בנוכחות מנכ"ל הרשות אשר יוזמן לדיון זה. בתקופת הביניים, הועדה מצפה כי תקודם התכנית להסדרת מגורי הקבע לתושבי אום אלחיראן, שעל הכנתה שמעה ממתכנן הרשות במהלך הדיון, או לחילופין תקודם הסדרת הקבע בשכונה 12 בחורה העולה ממכתב מנכ"ל הרשות."

20. נכון לעת כתיבת שורות אלה, טרם זומנו המתנגדים לשיבת דיון נוספת בוועדה המחוזית כאמור והתכנית עודנה תלויה ועומדת בפני הוועדה המחוזית, כמו גם המלצתה לקידום תכנית להסדרת מגורי הקבע של העותרים.

== מצ"ב העתק מכתב הרשות לוועדה המחוזית כנספח ע/10.

== מצ"ב העתק החלטת הוועדה המחוזית מיום 8.1.2018 כנספח ע/11.

21. ואם לא די בכך, גם תצהירו של סגן יו"ר מועצת חורה מעיד כי אכן אין בחורה שום דיור פנוי שיכול לאכלס את תושבי אום אלחיראן. בתצהירו מעיד סגן יו"ר המועצה כי מגרשי המגורים הקיימים בשכונות 12, 16 ו-18 - כ- 250 מגרשים – אינם מספיקים לצרכים הקיימים של הזוגות הצעירים בישוב וכי קיים כיום מחסור מיידי של כ- 600 מגרשים לזוגות צעירים. על כן, מבהיר סגן יו"ר המועצה, כי כל עוד קיים מחסור כה גדול בשווק מגרשים לזכאים בישוב, המועצה המקומית תמשיך להתנגד להעברת תושבי אום אלחיראן לחורה.

== תצהירו של סגן יו"ר מועצה מקומית חורה מצורף לתצהירים התומכים בעתירה.

22. הנה כי כן, מתברר כי לפי ועדת התכנון המחוזית, אין דיור זמין וחלופי בחורה, ולדברי רשות הבדואים ומפיה מתברר כי אין הצעה קונקרטית אן הסכם כלשהו בעניין. לכן, המשיבה רוצה להרוס את בתי העותרים ולזרוק כ- 350 תושבים לרחוב, והכל בהתעלם הן מהמלצות ועדות התכנון והן מקביעות בית המשפט העליון.

מקרה בוחן לאדישות המשיבה לפס"ד אבו אלקיעאן:

23. הוכחה נוספת להעדרו של דיור חלופי זמין לתושבי אום אלחיראן ניתן ללמוד מהמקרה הטראגי של חלק ממשפחות הכפר אשר בתיים נהרסו ביום 18.1.2017, עת הגיעו כוחות משטרה מתוגברים לכפר אום אלחיראן והרסו 15 מבנים (8 בתים ו- 7 מבנים חקלאיים). וזאת אף במהלכם של מגעים להסדרה על בעלי הבתים ונציגי הכפר. המשיבה הציבה אולטימטום לבעלי הבתים לקבל הסכם מסגרת, שאם לא יייהרסו הבתים. במהלך פעולות ההריסה נורה יעקוב אבו אלקיעאן למוות על ידי שוטרים, עת מילא רכבו תכולה מביתו וניסה לצאת מהכפר. כתוצאה מהירי איבד המנוח שליטה ברכבו אש הידרדר וגרם להריגתו של שוטר שנכח באזור. האירועים הנ"ל נחקרים על ידי מח"ש בעקבות תלונה אשר הוגשה על ידי אלמנתו של יעקוב המנוח מאז האירוע.

24. כתוצאה מההריסה הנ"ל נותרו ללא קורת גג וללא דיור חלופי 30 אזרחים וביניהם 18 קטינים, בעת ההריסה, ואלה הם: עאקלה אבו אלקיעאן ילידת 1964; אכרם אבו אלקיעאן יליד 1995; מועאד אבו אלקיעאן יליד 1997; מוראד אבו אלקיעאן יליד 2000 (קטין); מרואן אבו אלקיעאן יליד 2002 (קטין); ראבעה אבו אלקיעאן ילידת 1971; חוסאם אבו אלקיעאן יליד 1992; נסרין אבו אלקיעאן ילידת 1993; נור אבו אלקיעאן יליד 1994; מרים אבו אלקיעאן ילידת 1996; ויאם אבו אלקיעאן יליד 1998; אסרא אבו אלקיעאן ילידת 2000 (קטינה); עבדל נעדוד אבו אלקיעאן יליד 2001 (קטין); מוחמד אבו אלקיעאן יליד 2005 (קטין); יוסף אבו אלקיעאן יליד 2005 (קטין); יאסין אבו אלקיעאן יליד 2008 (קטין); זאהד אבו אלקיעאן יליד 1977; ראיקה אבו אלקיעאן ילידת 1977; שדא אבו אלקיעאן ילידת 2003 (קטינה); פרדאו; אבו אלקיעאן ילידת 2004 (קטינה); איזאן אבו אלקיעאן ילידת 2005 (קטינה); מוחמד אבו אלקיעאן יליד 2007 (קטין); רפאה אבו אלקיעאן ילידת 2009 (קטינה); אמאל אבו אלקיעאן ילידת 1973; מאיס אבו אלקיעאן ילידת 2003 (קטינה); רובא אבו

אלקיעאן ילידת 2004 (קטינה); דיאא אבו אלקיעאן ילידת 2005 (קטינה); חלא אבו אלקיעאן ילידת 2009 (קטינה); ג'נא אבו אלקיעאן ילידת 2009 (קטינה); אריג' אבו אלקיעאן ילידת 2008 (קטינה).

25. להלן תמונות שמראות את תנאי חייה של גב' ראבעה אבו אלקיעאן – אלמנתו של יעקוב אבו אלקיעאן - וילדיה:







26. הנה כי כן, המקרה הנ"ל מעיד בבירור מוחלט כי אם יפנו העותרים מבתיהם וייהרס כפר אום אלחיראן הם יזרקו לרחוב ללא תנאים אנושיים בסיסיים.

גזענות: אום אלחיראן תיהרס למען הקמת חירן כישוב יהודי-תורני:

27. כזכור, המשיבה הצהירה בפני בית המשפט העליון כי הישוב חירן יהיה ישוב כללי ופתוח וכקביעת בית המשפט העליון "הישוב המתוכנן אינו מונע מבני הפזורה להתגורר בו, אלא הוא מתוכנן כישוב בעל אופי כללי ולא ישוב בדואי, על כל המשתמע מכך מבחינה תכנונית; כל החפץ להתגורר בחירן רשאי לעשות כן, בכפוף לכל דין ובתנאים הקבועים לכך..." (עניין **אבו אלקיעאן**, בפס"ד **אבו אלקיעאן** של כב' השופט רובינשטיין).

28. אולם, מתברר כי הצהרות המשיבה הנ"ל בפני בית המשפט העליון אינן נכונות כלל וכלל. באוגוסט 2017 התבהר לעותרים באופן חד משמעי, כי הישוב המתוכנן לקום על חורבות הכפר אום אלחיראן יוקם כישוב יהודי, כפי שמעיד על כך תקנון "חירן – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ" (להלן: "**האגודה השיתופית**" או "**גרעין חירן**"). זאת בניגוד להצהרות המשיבה בפני בית המשפט הנכבד ובניגוד לאחת הנחות הבסיס שבפסק הדין בעניינם (פס"ד **אבו אלקיעאן**) כי חירן יהיה ישוב הפתוח לכלל הציבור באופן שוויוני.

29. הסתבר, כי האגודה השיתופית הנ"ל אמורה להפעיל וועדת קבלה לצורך ההתיישבות בחירן. מטרותיה ותנאי החברות באגודה השיתופית מלמדים כי מדובר בגוף מפלה והפועל באופן גזעני. שכן, מטרתה העיקרית כפי שהוגדרה בתקנון ההתאגדות (להלן: "**התקנון**") היא

"לתכנן, להקים, לקיים ולנהל ישוב קהילתי כפרי יהודי תורני ברשות המקומית מיתר, שיהא מבוסס על ארגון חבריו כקהילה המקיימת שיתוף בין חבריה..." (סעיף 3.1 לתקנון).

30. כמו כן התקנון קובע כאחת המטרות "להבטיח בכל דרך יעילה את השמירה על אופי הישוב ואורח חיים כפרי קהילתי תורני ברוח ערכי היהדות האורתודוקסית." (סעיף 3.2 לתקנון).

31. אי לכך, קובע סעיף 5 בתקנון את תנאי החברות באגודה, בין היתר, כדלקמן:

"יכול להתקבל כחבר באגודה רק אדם, שאושר על ידי ועדת הקבלה, ואשר נתמלאו בו כל סגולות הכשירות המופרטות להלן:

5.1 יהודי אזרח ישראלי או תושב קבע בישראל, השומר תורה ומצוות לפי ערכי היהדות האורתודוקסית.

== מצ"ב העתק מהחלק הרלוונטי של תקנון ההתאגדות והמסומן כנספח ע/12.

32. כאמור, התקנון הנ"ל עומד בניגוד להתחייבויות המדינה בפני בית המשפט העליון בהליכי הפינוי כנגד תושבי אום אלחיראן ולפסק דין בעניין **אבו אלקיעאן**. במסגרת ההליכים הנ"ל, הבהירה המשיבה כי "היישוב חירן מתוכנן כיישוב כללי, שבו יכול להשתלב כל ישראלי מכל עדה ודת, אך אין רצון לעודד כל הפרדה על רקע הבדלים שכאלה. מטעם זה, אין רצון להקים מראש שכונות נבדלות לבני עדות שונות. הותרתם של מבני המבקשים כ"שכונה" בדואית בלב היישוב, תפגע מאוד במרקם היישובי ובאופיו. מאידך, יישוב כללי גם אינו מתאים לזה הרוצה להתיישב ביישוב בעל מאפיין דתי, עדתי, חמולתי או שבטי, או לזה המבקש לשמר אורח חיים בדואי. התיישבות ביישוב כללי הזה בעלת משמעות רבה מבחינת כלכלית, חינוכית, תרבותית וחברתית" רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל** הודעה מטעם המשיבה פס' 21-22 (5.10.2014).

== מצ"ב העתק תגובת המשיבה ברע"א 3094/11 כנספח ע/13.

33. גם בעניין זה פנו העותרים, בין היתר, לרשות מקרקעי ישראל, משרד הבינוי והשיכון, ושוב ליועץ המשפטי לממשלה, בתאריכים 18.8.2015 ו- 7.8.2017, אך שוב גם התכתבויות אלה לא זכו למענה כלשהו.

== מצ"ב מכתב מיום 18.08.2015 לקבלת פרטים אודות שיטת שיווק המגרשים ביישוב חירן כנספח ע/14.

== מצ"ב מכתב מיום 7.8.2017 בנושא תנאי החברות באגודה השיתופית "חירן" כנספח ע/15.

34. חלק מהעותרים פנו אף בבקשות להצטרף כחברים באגודה השיתופית חירן, אך בקשותיהם טרם נידונו ולפי הודעת האגודה השיתופית הם יידונו אחרי פסח.

== מצ"ב העתק הבקשות להצטרף לאגודה השיתופית חירן והודעת האגודה בעניין כנספח ע/16.

לסיכום החלק העובדתי:

35. מאז שניתן פסק הדין **אבו אלקיעאן**, התגלתה תשתית עובדתית חדשה היורדת לשורשו של ענין ולפיה: אין חלופת דיור לתושבי אום אלחיראן בחורה ואין הצעה קונקרטית בדבר פינוי-פיצוי; אין חלופת דיור בכל מקום אחר; המשיבה פועלת בניגוד להמלצות ועדת התכנון המחוזית; עשרות תושבי הכפר אשר בתייהם נהרסו בינואר 2017 נשארו ללא קורת גג הולמת ועד היום לא הוצע להם דיור חילופי, נאות, הולם וזמין; רשות הבדואים הצהירה שאין אפשרות להעביר את תושבי אום אלחיראן לחורה; הישוב חירן מוקם ליהודים בלבד ככפר קהילתי יהודי-תורני והוא לא ישוב כללי; פינוי התושבים כעת יביא לזריקת כ- 350 נפשות לרחוב.

36. ההתרחשויות הנ"ל מלמדות באופן חד משמעי, כי ההריסה והשארית מאות אזרחים ללא קורת גג – שהיא בעייתית בפני עצמה כאמור – נעשית על רקע גזעני.

37. לכן, פינוי העותרים הנו מנוגד הן לפסק הדין בענין **אבו אלקיעאן** והן לקביעות ועדת התכנון המחוזית.

הטיעון המשפטי

38. העותרים יטענו, כי החלטת המשיבה לפנות ולהרוס את כפר אום אלחיראן, בנסיבות המנויות לעיל הינה בלתי סבירה בעליל בהיותה מנוגדת לפסק דין בענין **אבו אלקיעאן**; סותרת את הצהרות המשיבה שניתנו בפני בית המשפט העליון לפיהן קיים פתרון לדיור חילופי, זמין, מיידי ונאות לעותרים; ומתנגשת עם המלצות וקביעות ועדת התכנון המחוזית. כמו כן, הנסיבות החדשות שהתגלו שלפיהן היישוב חירן יוקם כישוב יהודי ולא ישוב כללי - בניגוד לפסק דין **אבו אלקיעאן** - מעידות גם הן על תשתית עובדתית חדשה, היורדת לשורשו של עניין.

39. התפתחויות אלה מחייבות ביטול הפינוי הנדון, משום שהמשיבה לא נתנה דעתה על נסיבות חדשות אלה. החלטת הפינוי בנסיבות דנן גם פוגעת בזכויות תושבי אום אלחיראן החוקתיות לכבוד, קניין ושוויון, איננה לתכלית ראויה ובלתי מידתית.

החובה להפעיל שיקול דעת ולשנות החלטה מינהלית

40. בטרם נתייחס לטיעונים לגופם, נעמוד כבר עתה על המשמעות של פס"ד **אבו אלקיעאן**. בפסק הדין, בית המשפט העליון אישר את התביעה של המדינה לפנות את תושבי אום אלחיראן מכפרם. דהיינו, בית המשפט בעצם קבע כי המדינה רשאית לפנות את התושבים בהתקיים תנאים למזעור הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של העותרים. קביעות אלה, שלעותרים הסתייגויות רבות אף מהן, היו על בסיס תשתית עובדתית אחרת לגמרי מזו שמתבררת היום.

41. לכן, אין כיום פסק דין שקובע כי פינויים של העותרים והריסת כפרם וזריקתם לרחוב ללא דיור נאות הינה החלטה סבירה. אין פסק דין שמאשר את פינוי העותרים והריסת אום אלחיראן למען הקמת ישוב ליהודים בלבד.

42. לפיכך, פינוי והריסת הכפר כעת מנוגד הוא לעקרון שלטון החוק ובבחינת ביזיון לבית המשפט שאישר את ההחלטה על בסיס תשתית עובדתית שונה לגמרי.

43. עוצמתן ומהותן של הנסיבות החדשות העומדות בסתירה גמורה לפסק דין **אבו אלקיעאן**, מחייבות שקילה מחדש להחלטת הפינוי וההריסה כעת. מאחר והמשיבה לא קיימה חובה זו על אף הפניות אליה שתעשה כן, החלטתה כיום חייבת להיות בטלה מאחר והיא לא נסמכת על תשתית עובדתית עניינית ומעולם לא אושרה על ידי בית המשפט.

44. כלל יסוד במשפט המנהלי הינו, כי החלטות מנהליות אינן סופיות וכי חובה על הרשות המנהלית בעלת הסמכות להפעיל מעת לעת את שיקול דעתה ולשקול את שינוי החלטתה כדברי פרופ' זמיר :

"ההחלטה המינהלית, לעומת זאת, אינה כפופה לא לעקרון של גמר המלאכה ואף לא לעקרון של מעשה בית דין. בדרך כלל היא אינה אמורה להיות סופית. שיקולים שונים עשויים לדרוש, לא פעם בנסיבות בלתי צפויות, שינוי או ביטול ההחלטה... דבר רגיל הוא שהתנאים העובדתיים, הצרכים החברתיים או המדיניות הרשמית ישתנו. אפשר, לכן, כי החלטה שהיתה טובה בשעתו, שוב אינה טובה כיום. שינוי ההחלטה עשוי להתבקש על ידי הרשות המינהלית, המדברת בשם טובת הציבור; אך הוא עשוי להתבקש גם על ידי האזרח, הרוצה בשינוי בשביל עצמו. כך או כך, ההחלטה המינהלית אינה צריכה להיות נוקשה כפסק דין סופי. היא צריכה מידה של גמישות, שתאפשר להתאים אותה מעת לעת לנסיבות המשתנות "

(יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ב 982 (מהדורה ראשונה)

45. העותרים יטענו כי לא רק שהרשות רשאית לשקול מחדש את החלטתה, אלא שבעניינינו מתקיימות נסיבות אשר הופכות את שיקול הדעת בהפעלת סמכות זו לחובה :

"סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין"

בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5), 404, 421 (1993)

46. שכן, לאור הנסיבות החדשות אשר עלו לאחר פסק הדין **אבו אלקיעאן** ואשר מפריכות את המצב העובדתי עליו נסמך פסק הדין המכשיר את הפינוי, אי שקילת ההחלטה לפנות, ולמצער את מועד הפינוי, בשנית אינה סבירה בעליל. שכן :

"... עלינו גם להיות מודעים לכך שהעובדות השונות, אשר הן רלוואנטיות להחלטה המינהלית של הרשות הציבורית העומדת לביקורת שיפוטית, יכול שישתנו עם הזמן. שינוי זה דורש מן הרשות לשוב ולבחון את החלטתה לאור העובדות החדשות המובאות לפניה. אכן, ייתכן שבחלוף הזמן ישתנו האיזון והשקלול עקב השתנות

הנסיבות [...] החלטה אשר בעבר נמצאה סבירה, לא בהכרח תימצא ככזו אף כיום."

בג"ץ 176/90 **מכנס נ' שר העבודה והרווחה**, מז(5) 711, 720 (1993)

47. בדומה, ובאם נניח בשם חזקת התקינות, שאכן המדינה לא ידעה כי אין פתרון דיור בחורה וכי תקנון האגודה ההתיישבותית הינו גזעני, העותרים יטעו כי שינוי ההחלטה מחויב הוא בשל היותה מבוססת על טעות, הן בעובדות והן בשיקול הדעת:

"לעניין דרך קבלת ההחלטה אמרנו (שם, בעמ' 45), כי החלטה חייבת להיות, בכל מקרה, תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית; ואם, לאור אופיו של העניין, נדרשות בדיקה ומחשבה חוזרות ונשנות, אין לדחות את הפנייה החדשה במחי יד ובלי עיון הולם, תוך הסתמכות בלעדית על העובדה, כי לבעל הסמכות הוענק שיקול הדעת להחליט בעניין, או תוך דבקות בהחלטה הקודמת, אשר ייתכן שהיא טעונה שינוי."

בג"ץ 852/86 **אלוני נ' שר המשפטים**, פ"ד מא(2) 1, 51 (1987)

48. הלכה מושרשת היא בפני בית המשפט העליון, לפיה גם אם ניתן פסק דין המאשר החלטה מינהלית, ישב בית המשפט ויבחן את ההחלטה באם התקיימו נסיבות חדשות המצדיקות כך. כך למשל היה בעניין פינוי ושיבת תושבי אקריית וברעם. באותו עניין, על אף שבית המשפט הנכבד קבע בדבר החובה של הרשויות להתיר לתושבי אקריית לחזור לכפרם ובתייהם עוד בשנת 1951 - דבר אשר לא קויים על ידי רשויות המדינה - הוא שב ובחן לגופו של עניין את סבירות החלטת המדינה לא להתיר את חזרת התושבים ולא לקיים את בחלטת בית המשפט, על בסיס שינוי הנסיבות בשנות השמונים ושוב הפעם לקראת סוף שנות התשעים של המאה הקודמת. גם כאשר אישר שוב את ההחלטה המינהלית שלא מאפשרת את שיבתם של התושבים בשנות התשעים, בית המשפט הנכבד קבע, כי אכן להבדיל מהעבר אין מניעה ביטחונית לשובם כעת של תושבי אקריית, אך מסיבות מדיניות ופוליטיות, לדעת בית המשפט - השלכות על זכות השיבה הפלסטינית - בית המשפט אישר שוב את ההחלטה המנהלית שלא לקיים את פסק הדין, עם זאת בית המשפט הנכבד קבע כי "ראוי הוא אפוא - אם יחול שינוי במצב המדיני - לשקול פתרון אחר שיאפשר לעותרים להתיישב באותו אזור." כלומר, בית המשפט, ומבלי להסכים לקביעותיו לגופן, היה נכון לבחון מחדש את ההחלטה המנהלית שלא להשיב את תושבי אקריית כמצוות פסק דינו משנת 1951. בית המשפט גם השאיר את אופציית השקילה מחדש בעתיד, באם יהא שינוי בנסיבות. (בג"ץ 840/97 **סבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז(4) 803, 816 (2003); בג"ץ 141/81 **ועד עקורי איקריית כפר רמה נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו(1) 129 (1981); בג"ץ 64/51 **דאוד נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 1117 (1951)).

49. דוגמא נוספת ניתן למצוא בעניין **חברת אלאקסא** (בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp.** (פורסם במאגרים, 29.10.2008)), בו עמדה על הפרק השאלה "האם ביצועה של תכנית בנין עיר, שקיבלה תוקף סופי, לבניית מוזיאון הסובלנות במתחם שנועד לכך, עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה". שם דובר בהליכי תכנון בנין עיר שקיבלו תוקף סופי, ולפיהם תוכנן לקום במרכז העיר ירושלים מבנה המיועד להיות מוזיאון סובלנות. לאחר הוצאת היתרי הבניה ובמהלך

עבודות פיתוח השטח, נמצאו עצמות אדם ושרידי קברים במתחם אשר הובילו להגשת העתירה. אמנם בית המשפט דחה את העתירה, אך מסגרת הדחייה היתה לאחר בחינת הפגיעה בזכויות החוקתיות עקב יישום התכנית. דהיינו, ביהמ"ש בחן את התקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה על מנת לערוך איזון בין הערכים המתנגשים לבחינת יישומה של החלטה סופית, על בסיס תשתית עובדתית שהתגלתה לאחר מכן.

פגיעה בזכויות החוקתיות של העותרים

50. כזכור, שלושת שופטים ההרכב הסכימו כי נוסחת הפינוי אמורה להיות במתכונת פינוי-פיצוי, כאשר עיקר המחלוקת בין השופטים נגע להיקף ומתכונת הפיצוי שעל המשיבה להציע לתושבים ולא על עצם זכאותם לפיצוי שכזה, כולל המלצה לשקול פיצוי בדמות מגרשים בחירן. העולה בבירור מפסק הדין הוא שהפגיעה בזכות הקניין של התושבים נחשבה, לפי דעת הרוב, למידתית אך ורק בשל הפיצוי שבצידה בדמות חלופת מגורים הולמת, ראויה וזמינה. בנוסף, נקודת המוצא של בית המשפט בפס"ד **אבו אלקיעאן** הייתה כי היישוב חירן יהיה יישוב כללי הפתוח לכלל הציבור. משכך, השופטים לא דנו כלל בפגיעה בזכות של התושבים לכבוד האדם.

51. לכן ההחלטה היום לפנות את כפר אום אלחיראן בהעדר חלופת דיור זמינה כשהתכלית הינה גזענית בעקבות חילופי אוכלוסין על בסיס שיוך אתני, מהווה פגיעה חמורה בזכויות החוקתיות של העותרים לכבוד, לשוויון ולקניין.

52. בהתאם לפסק הדין של בית המשפט הפינוי הינו חוקי אך ורק אם בצדו פתרון דיור הולם. דהיינו, מדובר בפינוי במתכונת פינוי-פיצוי. מתכונת זו של פינוי אינה חוקית ופוגעת בזכויות הקנייניות של העותרים, אם מתקיים אך ורק צד אחד של המשוואה, כלומר אם מדובר בפינוי לשם פינוי בלבד ואין חלופת דיור מוסכמת, ראויה, הולמת וזמינה בצידו.

53. דוגמה ליישום דוקטרינת הפינוי-פיצוי ניתן למצוא בהפעלת הדוקטרינה במקרה בוחן של שכונת "הארגזים" בעיר תל-אביב, שעל אף השוני בנסיבות, ניתן להקיש ממנה לענייננו בבחינת מקל וחומר. מדובר בשכונה הבנויה על קרקע שבבעלות המדינה ועיריית תל-אביב ושלאורך עשרות שנים נכנסו אליה והתיישבו במבניה אזרחים שאין להם זכויות קנייניות בה. בנקודת זמן מסוימת גיבש מנהל מקרקעי ישראל ועיריית תל-אביב תוכנית לשיקומה של השכונה, דבר אשר היה כרוך בהריסת המבנים הקיימים ובנייתם מחדש. שני פסקי דין של בית המשפט העליון בעניין שכונת הארגזים יכולים ללמד אותנו על האופן שבו יצאה תכנית הפינוי-פיצוי מן הכוח אל הפועל. כך בעניין **לוי נ' שר התשתיות הלאומיות** תוארה מתכונת הפינוי-פיצוי כדלקמן:

"ליישומה של התכנית החדשה החליט מנהל מקרקעי ישראל להוציא מכרז פומבי לפינוי ולבנייה השכונה, תוך מתן פיצויים לתושבים המתגוררים בה. על-פי כתב המכרז אמור היזם אשר יזכה בו לפעול לפינוי השכונה ולבנייתה, ובה-בעת לשלם פיצויים ראויים לדייריה או ליתן להם מגורים אלטרנטיביים במקום. כן נקבע במכרז כי כל מפונה יקבל פיצויים מסויימים, שלא נעמוד על פרטיהם."

בג"ץ 6715/96 לוי נ' שר התשתיות הלאומיות (פורסם במאגרים,
(28.9.1997)

54. מתכונת הפיצוי המפורטת עלתה אף בפסק דינו של השופט פוגלמן בע"א 3534/07 פרידמן
חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל-אביב, שם נאמר:

"ניתן לראות... ששנים מספר לפי פרסום המכרז, גמר בדעתו המינהל להעניק פיצוי לכל מפונה מתושבי "שכונת הארגזים", וזאת בצורת דמי פינוי שגובהם נקבעו בקריטריונים ברורים שפרסם המינהל. לא זו בלבד, אלא שהמינהל אף הביע את מחויבותו להעניק דמי פינוי בהיקף הגבוה משווי הזכויות של התושבים המפונים בנכסי המקרקעין שבהם הם מתגוררים, וזאת נוכח השיקולים החברתיים והשיקומיים הייחודיים המשפיעים על אופן עיצובה של תכנית פיתוח עירונית שעתידה להיות מיושמת בשכונה שחלק נכבד מתושביה משתייכים לשכבות סוציו-אקונומיות חלשות. מחויבות זו של המינהל לספק פיצוי הולם לתושבים המפונים הועברה, מכוח תנאי המכרז (המהווים, כאמור, חלק בלתי נפרד מתניות חוזה הפיתוח), אל כתפיו של היזם הזוכה במכרז. כך, במסגרת נספח ז' למכרז (הקובע, כזכור, "תנאים מיוחדים" הנוגעים לאופן ביצוע הפינויים על-ידי הזוכה במכרז) נקבע כי:

"(4) היוזם מתחייב לשלם לכל מפונה שיתפנה סכום שלא יפחת מהמגיע לו על פי הקריטריונים לפיצוי שכונת הארגזים, כמפורט בנספח י"ב, או, וזאת על פי שיקול דעתו, ובהסכמת המתפנה, מתן דירה בת 4 חדרים בשטח רישוי כולל...

(5) היוזם מתחייב לשלם למפונה סכום של \$500 (דולר ארה"ב) לחודש, ועד לתקופה של שלוש שנים. זאת בעבור תשלום דמי שכירות לתקופת הביניים שבין היום בו יפנה 'המפונה' את דירתו ועד ליום קבלת אפשרות הכניסה לדירה חלופית.

(6) היוזם מתחייב לשלם לכל מפונה כהגדרתו לפי הוראות מכרז זה, סך של \$50,000 (דולר ארה"ב) בש"ח... וזאת כתשלום נוסף לאמור בסעיפים 4; 5 לעיל".

ע"א 3534/07 פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל-אביב (פורסם במאגרים, 26.01.2010)

55. האנאלוגיה בין המקרה של "שכונת הארגזים" לבין המקרה בו עסקינו, מוכיחה מעל כל צל של ספק כי המשיבה אינה יכולה לפנות את התושבים כאשר אין בצד הפינוי חלופת דיור מפורטת, קונקרטית וברורה אשר תכלול, בין היתר, חלופת דיור ראויה. כך גם נקבע בהלכת חוף עזה שלפיה, פינוי לעולם אינו אמור להותיר את התושבים ללא פיצוי קונקרטי ענייני שיבטיח חיים בכבוד וכקביעת בית המשפט הנכבד:

תכנית ההתנתקות פוגעת בזכויות חוקתיות של הישראלים המפונים. פגיעה זו תהא חוקתית אם היא תלויה בהסדר פיצויים מספק שיקרב את המפונים למצב שבו היו אילו לא הפינוי. בחנו את היבטיו הכלליים של הסדר הפיצוי בחוק יישום ההתנתקות (להבדיל מעניינים פרטניים מסוימים, שידונו להלן), האמור לשמש כהסדר הפיצוי העיקרי למפונים.

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

56. הריסה בתי העותרים ופינויים בנסיבות העניין מהווה גם פגיעה בזכויותיהם של תושבי אום אלחיראן לדיור הולם וכן למינימום קיום אנושי בכבוד. שכן, "זכותו של האדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנושי" (בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 480 (2005)). בנסיבות העניין ברור לכל, כי הריסת בתייהם של העותרים תוביל לכך, כפי שקרה עם המשפחות אשר בתייהם נהרסו בינואר 2017 כאמור, כי כלל תושבי הכפר יחיו ללא קורת גג ובתנאים לא ראויים אשר אינם מאפשרים מינימום של קיום אנושי בכבוד.

57. בנוסף, הריסה בנסיבות העניין הינה מפלה ואף גזענית כי היא מעדיפה את האינטרסים של מתיישבים יהודים עתידיים אותם מעוניינת המשיבה להביא לחירן, על פני תושבי אום אלחיראן - עובדה המנוגדת למה שהוצג, על ידי המשיבה, בפני בית המשפט בעניין **אבו אלקיעאן**. לכן הפינוי נשען כעת על בסיס גזעני, מאחר ואין זה אפשרי לבסס את ההבחנה הזו על יסוד שונות לאומית על בסיס שיקולים ענייניים.

58. אי לכך, מתבקש בית המשפט הנכבד למנוע את ביצועה של החלטה גזענית שמעולם לא נבחנה על ידי בית המשפט הנכבד. שכן, מעולם לא נבחנה השאלה האם מותר לפנות יישוב בדווי שקיים כבר כ-60 שנה ברשות, על מנת ליישב במקומו תושבים יהודים.

59. העובדה כי הפינוי יעשה על מנת לבנות את חירן, שיהיה פתוח אך ורק ליהודים, פוגעת בזכות של העותרים לכבוד המגיעה לדרגת השפלה כי היא מתייחסת אליהם כאל חפצים אשר ניתן להעבירם בנקל ממקום למקום על בסיס גזעני. לעניין ההשפלה שביחס אל אדם ככלי ראו: בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619, 685 (2006); בג"ץ 4542/02 **עמותת "קול עובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346 (2006); אהרן ברק **כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה** 254 (2014)).

60. העותרים יוסיפו, ומבלי לוותר על זכותם לטעון כנגד שיטת שווק הקרקע בחירן - כי שיתוף הפעולה עם האגודה השיתופית חירן הינו מפלה, גזעני ולא חוקי. שכן, גוף אשר קבע באופן מפורש בתקנונו כי ההצטרפות לשורותיו פתוחה אך ורק לאוכלוסייה היהודית כשהוא יודע שהוא מוקם על חורבנות אום אלחיראן, פוגע באופן הבוטה ביותר בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של האוכלוסייה הערבית בישראל במובן הבסיסי ביותר.

61. בית המשפט קבע ככלל, כי "מקרקעי ציבור צריכים להתנהל לפי אמות מידה ממלכתיות" (בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992)), וכי כנאמן של הציבור, על הממשלה לנהל את מקרקעי המדינה ולהקצותם תוך שמירה על האינטרסים של כלל הציבור ועל פי שיקולים ענייניים, כמו גם שמירה על עקרונות השוויון והחלוקה הצודקת של המשאבים הציבוריים (בג"ץ 3939/99 **קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002)). אי לכך נפסק בעניין **קעדאן**, כי המדינה איננה יכולה להשתחרר מאמות מידה אלה על ידי שימוש בגוף שלישי "אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס דת או לאום" (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1), 258, 283 (2000) (להלן: **עניין קעדאן**)).

62. הדברים האמורים לעיל חלים ביתר שאת כאשר ההתקשרות עם הגוף המפלה נוגעת לחלוקה של משאב מוגבל כמו קרקע. שכן, הקצאת הקרקע לגרעין חירן - המאוגד באגודה השיתופית חירן - משמעה בצורה ברורה כי לא תושבי אום אלחיראן, ולא ערבים אחרים, יגורו ביישוב החדש. אי לכך עניין לנו גם בהפרה בוטה של עקרון הצדק החלוקתי (לעניין עקרון הצדק החלוקתי ראו 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדימוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, 64 בפס' 38 (2002)).

ההחלטה אינה לתכלית ראויה

63. ההחלטה לבצע את הפינוי בנסיבות המתוארות לעיל אינה לתכלית ראויה וזאת משלושה נימוקים עיקריים. ראשית, הפינוי ייעשה בניגוד לפסק דין **אבו אלקיעאן** כפי שצוין לעיל ובניגוד לקביעות ועדת התכנון המחוזית לכן הוא מנוגד לעקרון שלטון החוק; שנית, הפינוי נעשה על מנת לשרת תכלית גזענית ומפלה שאינה ראויה בשום צורה; שלישית, אין צורך חיוני לפנות את התושבים בעת הזו כאשר אין הסדר מוסכם עם התושבים ואין אפילו חלופת דיור זמינה.

64. הלכה פסוקה היא כי כל מעשה שלטוני חייב לשרת תכלית ראויה. הפסיקה קבעה כי תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם ומתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005); ראו 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)).

65. תכלית נחשבת לראויה אם נועדה "לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל [...]. המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. 'ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה' [...]. יש אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד" (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פס' 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם במאגרים, 16.9.2013) לעניין זה ראו גם: בג"ץ 7385/13 **איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל**, פסק דינו של כב' השופט פוגלמן (פורסם במאגרים, 22.9.2014); אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 300-305 (2010)).

66. עוד נקבע בפסיקה, כי מטרתה של נורמה משפטית הפוגעת בזכות חוקתית הינה ראויה לא רק אם תוכנה הוא ראוי אלא אם הצורך בה הוא **חיוני, נחוץ וראוי**. ככל שהזכויות הנפגעות נמצאות ברמה גבוהה יותר במדרג הזכויות החוקתיות הרי שאמת המידה לבחינת הצורך להגשמת התכלית אמורה להיות צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי. (ראו: עניין **חוף עזה**, בעמ' 549; בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

67. ההחלטה לפנות את העותרים כאשר ברור כי הפינוי משרת מטרה גזענית של הקמת יישוב יהודי על חורבות בתייהם וכאשר טרם הוצעה חלופת דיור זמינה, נאותה, הוגנת ומוסכמת אשר תבטיח את זכויותיהם החוקתיות, אינה לתכלית ראויה.

החלטת הפינוי בנסיבות העניין אינה מידתית

68. בהעדר תכלית ראויה מתייטר הצורך לבחון את המידתיות של הפגיעה בזכויות, עם זאת, ומטעמים של זהירות בלבד, נבחן להלן את העמידה של ההחלטה בתנאי המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלהם.

69. המבחן הראשון – הקשר הרציונאלי: בענייננו, הלכה למעשה, התוצאה של ביצוע החלטת הפינוי בעת הזו משמעה השארת התושבים ללא קורת גג, על מנת להכשיר את הקרקע למעבר גרעין התיישבות חירן לאזור הכפר במהירות ולקדם הקמת יישוב ליהודים בלבד. החלטה זו אינה פותרת את סוגיית מציאת פתרון מוסכם ומקובל, קבוע, ראוי ומקיים לתושבי אום אלחיראן, כפי שמתחייב מפסק הדין ומהבטחות המדינה בעניינם.

70. היא גם לא עומדת במבחן המידתיות שהתייחס אליו המשנה לנשיאה כתוארו אז השופט רובינשטיין. וגם מנגד, לא עומד אינטרס ציבורי מובהק שייפגע בשל השינוי. שכן, מדובר בבני רשות היושבים על קרקע מדינה המיועדת למגורים.

71. כמו כן, אין אינטרס ציפיה או אינטרס הסתמכות לגיטימיים של צד שלישי אשר ייפגעו בשל החלטה לא לפנות בנסיבות הנ"ל.

72. מבחן המשנה השני – הפגיעה הפחותה: כאמור, הפינוי יביא לתוצאות דרסטיות של השארת כ- 350 תושבי אום אלחיראן, אזרחי המדינה, ללא קורת גג ולא תנאי מחיה מינימליים.

73. ההתעקשות על פינוי התושבים בעת הזו, למרות הנסיבות החדשות שנתגלו, פוגעת בזכויות של התושבים בצורה חמורה ביותר. פגיעה זו עולה לאין שיעור על כל הפגיעה, אם בכלל, שעלולה להיגרם באם תבחן הרשות פתרונות אחרים אשר ישיגו את המטרה של פס"ד **אבו אלקיעאן** אך לא ישאירו את תושבי אום אלחיראן כאשר אין קורת גג לראשם. כל אמצעי הכולל פתרון הוגן לעניין הדיור מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה. בין היתר, באפשרות המשיבה לבחון את הפתרון אשר הוצע בפס"ד **אבו אלקיעאן** בדמות הקצאת מגרשים ביישוב החדש חירן כך שיזכו התושבים לקורת גג כפי שמצווה פסק הדין, העותרים לא ינותקו מהמיקום בו חיו והתפתחו למשך כ- 60 שנים, והיישוב החדש לא יהיה יישוב ליהודים בלבד.

74. המשיבה שוקלת כעת שיקול אחד והוא פינוי והריסת בתי העותרים שהוא שיקול גורף ובלתי הפיך בנסיבות העניין. דגש מיוחד בהקשר הזה יש לשים לשתי קבוצות פגיעות במיוחד - קבוצות הילדים והנשים מבין תושבי אום אלחיראן - אשר משפט זכויות האדם הבינלאומי ראה לנכון לייחד אותן כאוכלוסיות פגיעות ורגישות ברמה מוגברת בקונטקסט של העדר הביטחון למדור קבוע ופינוי (ראו לעניין זה: סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות וכן הערה כללית מס' 7 של האמנה; סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות הילד).

75. מבחן המשנה השלישי – המבחן הערכי: כאן תישאל השאלה האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט ולפי מבחן תועלת-נזק רצוי לפנות 350 אזרחים תושבי אום אלחיראן, להשאירם ללא קורת גג, בשל העדר הסדר מוסכם והוגן, ולשכן במקומם משפחות יהודיות? התשובה לכך היא בשלילה. שכן, התוצאה המעשית של פינוי העותרים הנה השארתם ללא קורת גג על רקע גזעני.

76. תוצאה זו הנה קשה ביותר, אשר הלכה למעשה מהווה ומיישמת מדיניות הפרדה על רקע לאום ו/או דת אשר מזכירה משטרים אפלים שחלפו מן העולם, כמו דרום אפריקה בתקופת האפרטהייד.

77. משכך, הרי ברור כי הנזק שייגרם לתושבים באם יפוננו כעת, כאשר אין להם חלופת דיור וכן הנזק שייגרם לאינטרס הציבורי מפינוי תושבים על רקע גזעני, עולים באין שעור על כל תועלת שיכולה לצמוח מזירוז הקמתו של היישוב חירן.

לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צווים כנדרש בראשית עתירה זו ולחייב את המשיבים בהוצאות.

עו"ד מאיסאנה מוראני

עו"ד סוהאד בשארה

ב"כ העותרים

חיפה, 9.4.2018