

התובעת:

מדינת ישראל באמצעות רשות מקרקעי ישראל
באמצעות ב"כ עו"ד דוד קנטור ו/או עו"ד יניב מזוז
שכתובתם ברחוב בן צבי 12 באר שבע ת"ד 1493
טלפון 08-6650581 פקס 08-6209313

- נגד -

הנתבעים:

פאטמה אלהואשלה ואח'
כולם ע"י עוה"ד מאיסאנה מוראני (מ.ר. 69776) ו/או סוהאד בשארה
ו/או חסן ג'בארין ו/או פאדי חורי ו/או נארימאן שחאדה - זועבי ו/או
עדי מנסור ו/או סלאם ארשיד ואח'
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 3109001; טל': 04-9501610; פקס: 04-9503140

סיכומים מטעם הנתבעים

1. מבוא

1. עניין לנו בעשר תביעות לפינויו של הכפר הבדואי ראס ג'ראבה (להלן: "הכפר" או "ראס ג'ראבה") על מאות תושביו הגרים בו מזה עשרות שנים, בכדי לשכן במקומם אוכלוסייה אחרת - יהודית - במסגרת הרחבת העיר דימונה על חורבותיו.
2. הנתבעים ומשפחותיהם, הנמנים ברובם על שבט אלהואשלה (בנוסף למשפחה משבט אבו סולב ומשפחה מאלנסאסרה) מתגוררים בשטח בין כרונוב (ואדי ממשית) לבין אום דימנא (דימונה כיום) עוד מלפני הקמת מדינת ישראל. עם הטלת הממשל הצבאי וקביעת אזור הסייג לריכוז האוכלוסייה הבדואית, התנועה שלהם במרחב הוגבלה לאזור שליד דימונה. הוכח כי הם גרו באזור זה, עיבדו את האדמות ורעו צאן משך עשרות שנים. ככל שהתפתחה העיר דימונה המרחב שלהם צומצם ונמנעה מהם הגישה לשטחים ששימשו להרחבת דימונה. תביעה זו מהווה עוד שלב בהליכי הדחיקה הנ"ל. שכן שוב פעם רוצים להרחיב את דימונה והפעם מבקשים, בשל כך, לעקור את הכפר כליל.
3. בסיכומים אלה, הנתבעים טוענים כי יש לדחות את התביעה על הסף בשל עילת התיישנות דיונית, ובשל היותה נגועה בשיהוי חמור מהווה שימוש לרעה בהליך שיפוטי ומחייב הפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לגופו של עניין, הנתבעים הוכיחו שהם אינם פולשים אלא בני רשות לא הדירה במקרקעין. על כן, תביעות אלה מציבות בפני בית המשפט הנכבד את השאלה: האם מותר לתובעת לעקור כפר הקיים עשרות רבות של שנים והמאכלס מאות תושבים, בדואים אזרחי המדינה, בכדי ליישב אוכלוסייה אחרת

במקומם? התובעים טוענים כי התשובה לשאלה זו חייבת להיות בשלילה הן לפי דיני המקרקעין, הן לפי המשפט המנהלי והן לפי המשפט החוקתי.

4. את הסיכומים מטעם הנתבעים נפתח בפירוט העבודות שהוכחו על ידי הנתבעים או שאינן שנויות במחלוקת בין הצדדים (פרק 2); לאחר מכן נפרט את עילות הסף אשר מצדיקות לדחות את התביעה (פרק 3); הניתוח המשפטי יתמקד בבחינת החוקיות של החלטת הפינוי. בהתחלה נפרט אודות המסגרת המשפטית (פרק 4) ולאחר מכן נבחן את ההחלטה בהתאם למערכות הדינים השונות החלות עליה: דיני המקרקעין (פרק 5), עקרונות המשפט המנהלי (פרק 6) ועקרונות המשפט החוקתי (פרק 7).

2. העובדות כפי שהוכחו בפני בית המשפט הנכבד

2.1. היסטוריה וקשר הנתבעים לכפר וסביבתו ולעיר דימונה

5. עדותו של חאגי' פריגי' אלהואשלה, בן ה-84, שלא נסתרה, נגעה להיסטוריה של הימצאותם של התושבים בשטח. ממנה עולה כי הוא נולד בכפר ראס ג'ראבה, והתגורר בו מאז ומעולם ואין לו בית זולתו. בעדותו מתייחס חאגי' פריגי' לשלוש תקופות עיקריות בהיסטוריה של שבט אלהואשלה בשטח בו שוכן הכפר וסביבתו המיידית. תחילה בתקופת המנדט הבריטי כאשר העיד הנ"ל על הקשרים הטובים ששררו בין משפחתו לבין המשטרה הבריטית ששכנה בתחנה קרובה. לתצהיר עדותו צירף הנ"ל תמונות של בית הקברות ההיסטורי ואת בארות המים אשר שימשו את התושבים באותה תקופה והעיד לגבי מקור המחיה של התושבים – עיבוד האדמה ורעיית צאן במשך עשרות שנים.

6. בעדותו התייחס חאגי' פריגי' גם לימים הראשונים של הממשל הצבאי הישראלי בנגב, עת הגיע קצין מהצבא בשם גזאל בליווי השיך של שבט אבו רקייק והבטיחו לבני השבט שאין להם ממה לפחד על חייהם, רכושם ואדמותיהם. הוא אף ציין כי בתעודות הזהות הראשונות שבני השבט קיבלו היה רשום בה שגרו באזור שבין קורנוב לאום דימנא. הנ"ל העיד בתצהירו גם על ההקמה של העיר דימונה עת הגיעו כ-10 אנשים והתגוררו בצריפים ועל היחסים בינם לבין הבדואים: "היו מבקשים מאיתנו להביא להם מים מהבאר וקונים מאיתנו חלב וגם את הסוכר והתה שהיינו מקבלים בתקופת הצנע". הוא העיד שבני שבט אלהואשלה עיבדו את הקרקע ורעו בשטח בו הוקמה דימונה וככל שהתפתחה דימונה והתרחבה צומצמו השטחים שעמדו לרשותם. תצהירו זה עולה בקנה אחד עם הממצאים אשר הובאו בחוות הדעת של ד"ר שיר אליה נתייחס בהמשך.

7. כפי שהעידו כלל הנתבעים, דימונה עודנה מרכז החיים שלהם עד היום והם מקבלים את כל השירותים שלהם מהעיר - שירותי בריאות, בנקאות ודואר והם מגיעים לעיר לקניות וכן עיריית דימונה סיפקה להם מים בקרבת הכפר לפחות מתחילת שנות ה-80. פירוט לקשר זה נמצא במסמכים של סעד אלהואשלה אשר צורפו לתצהירו של בנו מתמד אלהואשלה. בין מסמכים אלה ניתן למצוא אישור

העסקה של סעד אלהוואשלה בעיריית דימונה 1970-1992 (נספח 1); הודעה לבוחר בהסתדרות להצביע בדימונה (נספח 3); תעודת מחלה מהמרפאה בדימונה מהשנים 1984 ו-1988 (נספח 5); אישורי משיכה מהבנק בדימונה בין השנים 1977-1983 (נספח 6); הודעה לסור לדואר בדימונה משנת 1976 (נספח 7).

8. זאת ועוד, מסמכים רשמיים אלה מסמנים במספר מקרים את הכתובת של התושבים כדימונה: בפנקס ההסתדרות (נספח 2) כתובת החבר רשומה כ"דימונה, שבט אבו רגייג"; הכתובת הרשומה בטופס ההתחייבות לאמבולנס משנת 1984 היא דימונה, שבט אבו רגייג (נספח 4); בהודעה לסור לדואר רשומה הכתובת כדימונה, אבו רקייק (נספח 7); מסמכי סימון העדרים (נספח 8) מציינים מספר פעמים שהכתובות הינה דימונה (עמ' 24-25) או אלהוואשלה (עמ' 22) או שבט אבו רקייק (עמ' 23); היתרי העברת בעלי החיים מציינים את הכתובת אלהוואשלה / אבו רקייק ואת מסלול ההובלה מכביש דימונה לשוק ב"ש/השוק הבדואי (נספח 9). דהיינו שגם הרשויות השונות לאורך השנים ראו בהם תושבי המקום וחלק מדימונה.

2.2. הנתבעים שוכנים בשטח משך עשרות רבות של שנים

9. אין מחלוקת בין הצדדים, כי הנתבעים ובני משפחותיהם מתגוררים בכפר ראס ג'ראבה משך עשרות שנים. תצהירו של מר שגיא ניר מציין כי בהתאם לתצלום האוויר משנת 1978 "ניתן להיווכח כי בשטח המקרקעין מבנים ספורים בלבד". על עמדה זו חזר הנ"ל גם בחקירתו הנגדית. לפי חישוב זה, עולה באופן מפורש כי אין מחלוקת בין הצדדים שמשפחות הנתבעים מתגוררות במקרקעין נשוא התביעה, באותו מקום בדיוק, מאז שנת 1978. דהיינו 44 שנים לפחות.

10. אכן מהחקירה הנגדית של מר ניר עולה כי הוא לא שולל את הנוכחות של התושבים בשטח זה גם לפני 1978 והוא אישר כי תצלום האוויר משנת 1978 נבחר על ידו בצורה רנדומאלית והוא לא בדק אף תצלום אוויר במשך 17 השנים שקדמו למועד זה – עד לשנת 1961 (ח.נ. עמ' 33, ש' 28-14). יתרה מכך, העד הנ"ל, אשר העיד בתצהירו כי בחודש יולי 1961 "ניתן להיווכח כי שטח המקרקעין פנוי וריק" (סעיף 9 לתצהיר) הבהיר בחקירתו הנגדית כי הדברים נכונים אך ורק לאותו יום של צילום האוויר (ח.נ., עמ' 34). זאת ועוד, הוא אישר כי הוא בחן את תצלום האוויר אך ורק ביחס לתחום מצומצם והוא תחום מקבצי הבתים של הנתבעים כפי שהם היום. כך בתשובה לשאלת ב"כ הנתבעים "הצילום אוויר של 61 היה נקודתי. אתה יכול לאשר לנו שלא בהכרח שבסביבתו היו אנשים שגרו. זה לא אומר שבהכרח גם לא היו. אתה יכול לאשר רק על הנקודה הזו שאתה בדקת?" ענה מר ניר כי "אני בהתאם לתיחום שאני בדקתי, אני לא יודע מה קרה בסביבתו, מה ההגדרה של סביבתו. אני בתיחום כשהתבקשתי לבדוק, זה מה שבדקתי" (ח.נ. עמ' 35, ש' 1-5). מר ניר הבהיר עוד כי הכוונה בתיחום הינה למיקום בתי הנתבעים נכון ליום הגשת התביעה (עמ' 35, ש' 6 - 13).

11. מחוות הדעת של ד"ר נאוה שיר עולה כי "ניתוח הממצאים בתצלומי האוויר של אזור דימונה באופן כללי מראה כי בכל נקודות הזמן אשר נבחנו בתצלומי האוויר, היו בשטח אוהלים בדואים" (ס' 11) וכי "... בדואים שכנו באותו מקום שבו נמצא הכפר, או ממש בקרבתו ובמרחקים זניחים ממיקומו הנוכחי, לפחות מאז 1956" (ס' 12) וכן כי "הממצאים מראים את ההתפתחות של הכפר לאורך השנים, הגידול במספר האוהלים בשטח עם השנים משקף את ריבוי האוכלוסייה. הפריסה של האוהלים במרחב תואמת את הצורה בה מתפתחים המקבצים המשפחתיים ביישובים הבדואים" (ס' 15).

12. בסיכומים של התובעת נטען כי "נפל פגם מהימות בעדותה / חוו"ד" מאחר והסבירה שחלק מהממצאים אשר מסומנים במפה 1 על גבי תצ"א משנת 1956 אינם מופיעים במפה 4. יש לדחות מכל וכל טענות מרחיקות לכת אלה. אכן, הממצאים שהופיעו במפה 1, בטעות, אינם מופיעים במפה 4 מפה זו נועדה לפי התצהיר ש- "ניתוח הממצאים בתצלומי האוויר של אזור דימונה באופן כללי מראה כי בכל נקודות הזמן אשר נבחנו בתצלומי האוויר, היו בשטח אוהלים בדואים". כך שגם אם חסרים במפה זו שני עיגולים עדיין זה לא משנה את המסקנה הכוללת שמפה זו נועדה להראות אלא דווקא לחזק אותה. על כן מדובר בטעות סופר שהוסברה על ידי העדה ואין לה שום השלכה.

2.3. הפינוי של הנתבעים נועד כדי לשכן במקומם אזרחים אחרים

13. התכלית העומדת מאחורי ההליכים לפינוי הנתבעים ועקירתם מכפרם הינה הקמת שכונה חדשה לשיכון אזרחים אחרים בשטח זה. תכלית זו מצוינת בצורה מפורשת כבר בחלק "הרקע" של כתב התביעה: "נדגיש, כי המקרקעין נמצאים בשטח שנמצא בתכנון להרחבת העיר דימונה והמשך ישיבתם של הנתבעים במקרקעין פוגעת בהרחבת העיר" (פס' 5, ההדגשות במקור). על עובדה זו גם חזר מר נויאהוס בתצהירו (פס' 4) ובחקירתו הנגדית (ח.נ., עמ' 17, ש' 14-16).

2.4. אין מגבלה תכנונית להסדיר את מגוריהם הנתבעים

14. חוות הדעת של אדרי' דפנה ספורטה מוכיחה כי אין מניעה תכנונית ברמה הארצית או המחוזית להכיר בכפר. זאת ועוד, "עצם קידומה של התכנית לייעוד השכונה למגורים מעיד בצורה ברורה שאין שום מניעה לתת מענה תכנוני לתושבים הבדואים המתגוררים בכפר ראס ג'ראבה" (ההדגשות במקור). התובעת לא סתרה טענה זו ולא הביאה חוות דעת תכנונית כלשהי מטעמה וכל טיעוניה נגד מהימנות חוות הדעת אינן נכונות, מוטעות ולא רלוונטיות.

2.5. לא נשקלה האפשרות להסדיר תכנונית את בכפר או לשלבו בתכנון של דימונה

15. הוכח בפני ביהמ"ש הנכבד כי האופציה האחת והיחידה שנשקלה על ידי התובעת היתה פינוי התושבים. דברים אלה נכתבו בצורה ברורה ומפורשת בנספח ב' לתצהיר עדות ראשית של מר חכמון אשר נערך על ידו וזכה לכותרת "סיכום פגישה מיום 110/06/2020 – פזורת מזרח דימונה" בו נכתב כי "נציגי הרשות

הבהירו כי אין בסמכות רשות הבדואים או רמי להקים כפר חדש במיקומם הנוכחי [של הנתבעים, מ.מ.]. מכיוון ששטח זה שייך לשטחה המוניציפאלי של העיר דימונה". על דברים אלה חזר מר חכמון גם בחקירתו הנגדית מספר פעמים עת ציין כי :

"אני אגיד את התשובה שהייתה לאורך כל הזמן ולאורך כל השיחות שלנו במשא ומתן לפחות שאני השתתפתי בהם. רשות הבדואים לא יכולה לתכנן בשטח מוניציפלי של העיר דימונה ולא יכולה להחליט על הקמת ישוב בשטח המוניציפלי של דימונה לא ככפר ולא כשכונה ולא מאכלת או קבועת מי יכנס בתוך שטח מוניציפלי של דימונה. הבקשה שלכם הוגשה בפנינו וגם היה שם מנהל אגף ההסדרה ונציגים מטעם רשות הבדואית ו ... שהסברנו לכם שלא בסמכותנו" (ח.נ. עמ' 23, ש' 21-27).

זאת ועוד מר חכמון נשאל בצורה מפורשת "אתה מסכים שהרשות הבדואית לא שקלה להשאיר אותם באזור כחלק מתכנון עתידי של דימונה. זה אתה מאשר", והוא ענה "כן" (ח.נ., עמ' 25, ש' 25-27). ובתשובה לשאלה "מדוע לא הצעת דימונה?" השיב הנ"ל, "כי זה לא בתחום אחריותי" (ח.נ., עמ' 24). לא זו בלבד, אלא שמר חכמון העיד בצורה מפורשת שהחלופה היחידה שנסקלה היא העברת הנתבעים ליישוב בדואי אחר. שכן "יש קובץ החלטות, יש את תחום ההתמחות של רשות הבדואים, ליישב את הבדואים בהתאם לקובץ החלטות ביישובים בדואים מוסדרים" (ח.נ. עמ' 24, ש' 13-14).

16. התובעת לא סיפקה שום נימוק רציני המצדיק את הפינוי במיוחד כאשר מדובר בתושבים שיושבים בכפר עשרות שנים. ההיגיון היחיד שעולה כאן הינו זהותם של הנתבעים כאזרחים בדואים שכן, כך לפי עדי התביעה, סמכותם היא לפנות בדואים ליישובי בדואים בלבד. לכן זהותם של הנתבעים היא זו שהכתיבה את החלטת התובעת לפנותם חלף הסדרה תכנונית המתאפשרת על פי המצב התכנוני באזור. 17. **לסיכום חלק זה**, הוכח כי הכפר קיים מזה עשרות שנים והתושבים אינם משיגי גבול או פולשים. על אף שאין מניעה תכנונית להסדיר את מגורי הנתבעים מבלי צורך לעקור אותם מבתיים וכפרם, התובעת מתעקשת לעשות כן כמוצא ראשון ויחיד שאין בלתו ואף לא שקלה שום אפשרות אחרת.

2.6. אין בנמצא פתרון דיור חלופי זמין וראוי לכל תושבי הכפר

18. אין זה בלבד שהתובעת לא שקלה את ההסדרה של ראס ג'ראבה במיקומו, הרי שאף בהתאם להצעה זו, אין פתרון דיור חלופי זמין וראוי לכל תושבי הכפר.

19. עד התביעה מתן חכמון מציין בתצהיר כי "רשות הבדואים מתכננת מגרשים המיועדים לפזורת מזרח דימונה בהרחבה הצפונית של קאסר א-סר מצידו המערבי. כך שתהיה אפשרות **לחלק** מהנתבעים לבחור להיכנס לישוב או בהרחבה הצפונית". (ההדגשה נוספה). זאת ועוד, בנספח ב' לתצהיר עדותו של מר חכמון בו צויין כי "הרחבת הישוב קאסר א-סר והמגרשים המתוכננים נמצאים עדיין בהליך לתכנון ולכן כל הנתונים המועברים לנציגי התושבים אינם מאושרים סטטוטורית אלא מעודכנים לשלב התכנון בלבד." האמור גם אושר בחקירתו הנגדית (ע' 30).

20. דהיינו, גם לגישת עדי התביעה עצמם, אין כרגע פתרון דיור זמין – מתוכנן, מאושר, ומפותח – לכל הנתבעים. היינו באם תתקבל החלטה לפנות את התושבים, לא יהיה להם פתרון דיור זמין והם יישארו ללא קורת גג. זה גם מלמד על כך כי מטרת התביעות והחלטות הפינני המבוקשות, הינה כי אלה ישמשו כמנוף לחץ על התושבים לפינוי כפרם ומעברם ליישוב בדואי בתנאים שמציבה הנתבעת.
21. מעבר לעובדה שהתובעת מודה כי אין פתרון דיור זמין ומאושר לנתבעים הרי גם הצעת המעבר לקסר א-סר היא בעייתית מאוד ולא ריאלית. מר מוסא אלהואשלה, חבר בוועד המייצג של הכפר, ציין בתצהירו, עדות שלא נסתרה, כי: הצעה זו (שהיא לא הצעה ממשית) אינה נותנת מענה לכל תושבי הכפר שמעוניינים להישאר כקהילה חברתית ומשפחתית מלוכדת; פיזור הנתבעים בתוך היישוב קסר א-סר יפרק את הקהילה ויפזרה בתוך יישוב עירוני; שיכון הנתבעים על קרקעות שתושבי קסר א-סר מצפים שיוקצו להם לצורכי מתן מענה לזוגות צעירים וריבוי טבעי עלול להביא לעימותים; ההרחבה המוזכרת בקסר א-סר הינה על קרקעות שנתבעו על ידי שבט אבו תלול, דבר המנוגד למנהגי השבטים הבדואים, ולא בכדי קיבלו חברי הוועד שיחות מאיימות לא להתיישב בהן.

3. המסגרת הנורמטיבית לבחינת תביעות פינוי

22. התובעת טענה בסיכומיה לחוסר סמכות בית המשפט לדון בטענות במישור החוקתי והמינהלי (פס' 111-112 לסיכומים) כי "טענות אלה מהוות תקיפה עקיפה של החלטות הרשויות שיש להעלותם בתקיפה ישירה במסגרות דיוניות אחרות" תוך הפנייה לרע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 5.5.2015). אלא מאי, שההפנייה של התובעת לפס"ד אבו אלקיעאן - אשר עסק בפינוי תושבי הכפר אום אלחיראן - בהקשר זה הינה, למצער, חסרה ומוטעית. שכן, פסה"ד דווקא קובע את ההפך וכי "בתי המשפט האזרחיים והפליליים – לרבות בית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים ופליליים – אמונים גם על המשפט החוקתי והמינהלי, ונושאים בארגו הכלים המשפטי שלהם את העקרונות והכללים מענפי המשפט החוקתי והמינהלי..." (פס' ל-לא לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין). כב' השופטת ברק ארז הדגישה בהקשר הזה כי "ההחלטה על פינויים של המבקשים, בני-רשות זה עשרות שנים, צריכה להיבחן הן באספקלריה של דיני הרשות במקרקעין [...] והן באספקלריה של המשפט הציבורי, המחייב כי החלטות יתקבלו תוך שמירה על הגינות ועל בסיס שקילתם של מכלול השיקולים הרלוונטיים" (שם, בפס' 5-7 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז). בהקשר זה, פסק הדין בעניין אבו אלקיעאן אינו קובע הלכה אלא רק מזכיר את המצב המשפטי אשר נקבע בשורה של פסקי דין קודמים לפיו, בניגוד לטענת התובעת, המשפט החוקתי והמינהלי חלים על הרשות בכל פעולותיה, וכל בתי המשפט מוסמכים לדון בטיעונים אלה. לא למיותר לציין כי טענה זו הועלתה על ידי התובעת עוד בדיון המקדמי בתיק זה ונדחתה על ידי בית המשפט שהבהיר שיש לו סמכות לדון בטיעונים אלה.

23. זאת ועוד, גם לעניין התקיפה העקיפה, הניסיון של התובעת להיבנות על פס"ד **אבו אלקיעאן** מוטעה הוא. שכן, באותו מקרה, בעת הדיון ברשות הערר האמורה, הליכי התכנון כבר הסתיימו והתוכנית המפורטת של היישוב חירן אושרה מזה כבר. זאת כמובן בניגוד למקרה דנן. בהקשר זה של דואליות פרוצדוראלית והיחס בין הליכי הפינני להליכי התכנון ורוחב יריעת הטיעון בכל אחד מהם, חשובים לעניינינו דבריה הבאים של השופטת ברק-ארז בעניין **אבו אלקיעאן** :

המקרה שבפנינו הוא מורכב לא רק משום שהוא משלב בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, אלא גם משום שחולשות עליו גם שתי מערכות פרוצדוראליות – זו של הליכי התכנון וזו של הליכי הפינני... ככל שהחלטה על הפינני מתקבלת כאשר הליך התכנוני טרם החל – יכולים בני-הרשות לטעון במתכונת רחבה כנגד הצורך בפנינים ומנגד המדינה יכולה להציג טעמים לפינני שאינם קשורים לתכנון עתידי, למשל בשל הפרתם של תנאי הרשות. לעומת זאת, ככל שהחלטה על הפינני מתקבלת לצדו של ההליך התכנוני או לאחריו – הטענות שניתן להעלות כנגדה מוגבלות לאותן טענות שלא ניתן היה להעלות בגדרו של ההליך התכנוני. [...] קשרי הגומלין בין שתי מערכות הדינים האמורות הם מורכבים במיוחד כאשר המדינה מבקשת לבטל את הרשות שניתנה לבני-רשות לאחר שכבר החלו הליכי התכנון, אך בטרם אלה הסתיימו. אני סבורה כי במקרה כזה שומה על בית המשפט לבחון האם קיים טעם טוב לביטול הרשות ולפינני בני-הרשות גם בלא קשר להליכי התכנון ומהו [...] ככל שפינניים של בני-הרשות נדרש לצורך מימוש עתידי של תכניות מתאר שטרם אושרו ואשר בני-הרשות מתנגדים להן, ככלל, ראוי לעכב את ההכרעה בתביעות לסילוק יד עד שימוצו הליכי התכנון (לרבות ההליכים המשפטיים שניתן לנקוט נגדם), שהם "המקום הגיאומטרי" הנכון לדון בטענותיהם של בני-הרשות בנוגע לתכנון המקרקעין עליהם הם יושבים. זאת, על מנת למנוע מצב שבו יתקבלו הכרעות סותרות במסגרת הליכי התכנון והליכי הפינני המתנהלים במקביל. הליכה בדרך זו גם תאפשר לרשויות המתכננות מחדש אזור שבו מתגוררים בני-רשות לבחון בלב פתוח את השאלה האם השימוש החדש המיועד למקרקעין מאפשר את המשך מגוריהם של בני-הרשות במקום, בשים לב למכלול הנסיבות, ובכלל זה משך הזמן שבו ישבו במקום. דרך זו תאפשר להביא את האינטרסים של בני-הרשות בחשבון כאשר מתוכננים מחדש מקרקעין אלה, במיוחד כאשר עסקינן בבני-רשות אשר מתגוררים במקום שנים רבות ואשר לא פלשו אליו, אלא התיישבו בו מלכתחילה בהסכמת הרשויות הרלוונטיות.

(פס" 9-11 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז, ההדגשות נוספו)

24. דהיינו, לגישתה של כב' השופטת ברק-ארז, יש קשר הדוק בין הליכי התכנון והליכי הפינני וכי קשר זה משפיע על תוכן הדיון בתביעות הפינני. כך שאם טרם החל התכנון, ניתן לטעון בהרחבה כנגד הצורך בפנינו. וככל, שהליך התכנון החל, הרי יש לחכות עם ההכרעה בפנינו עד שתתקבל הכרעה תכנונית.

25. במקרה שלפנינו ההליך התכנוני החל ונימוקי התובעת לעניין הפינני מסתמכים אך ורק על תכנון זה. על כן, בהתאם להיגיון שבבסיס דבריה של כב' השופטת ברק-ארז, הרי יש לבטל את תביעות הפינני או למצער להקפיא אותן עד מיצוי ההליך התכנוני. כך היה למשל בעע"מ 6944/11 המועצה הארצית לתכנון ובניה נ' שי זלצר אשר דן בתוכנית שנועדה להכשיר בדיעבד שהייה ושימוש במקרקעין במשך 40 שנה בניגוד למצב התכנוני. באותו מקרה, תביעות הפינני הוקפאו עד ההכרעה בהליך התכנוני (פס" 1).

4. דין העתירה להידחות על הסף

4.1. דחייה מחמת התיישנות דיונות

26. הנתבעים יטענו כי דינה של התביעה להידחות בשל קיומה של עילת התיישנות דיונית. שכן, בהתאם להוראות חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (ס' 5). תקופת ההתיישנות במקרקעין לא מוסדרים הינה 15 שנה ובמקרקעין מוסדרים 25 שנים. מאחר והנתבעים הוכיחו חזקה מתמשכת ועיבוד של הקרקע מאז 1978 (לפחות), הרי עם רישום המקרקעין (לפי נסחי הטאבו אשר צורפו לכתב התביעה) אשר התרחש בין השנים 1998-2019, הרי עברו מעל 15 שנה בטרם רישום הקרקע ועל כן עומדת להם טענת ההתיישנות מפני תביעת הפינוי ומטעם זה יש לדחות את התביעה על הסף.

27. יודגש, שהנתבעים אינם טוענים לקיומה של עילת התיישנות רוכשת (אליה התייחסה התובעת בסיכומיה) אלא להתיישנות דיונית כטענת הגנה מפני תביעה לפינוי וסילוק יד. השתיינות דיונית כאמור חלה גם על מקרקעין הרשומים על של המדינה. ההלכה בעניין זה נקבעה בפס"ד **שיבלי** אשר בחן את היחס בין ס' 78 לחוק הקרקעות העותמאני (התיישנות מהותית/רוכשת) לבין ס' 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל (המתייחס למקרקעי ציבור) וקבע כי: "החל מחוק היסוד, התיישנות באדמות מדינה לפי סעיף 78 לחוק, אינה עוד "רוכשת", המקנה זכויות קניין, אלא דיונית בלבד, כהגנה נגד תביעה לסילוק יד בגין הסגת גבול" (ע"א 520/89 **מדינת ישראל נ' שבלי**, פ"ד מו(2) 81 (1992)). דהיינו לפי פסק הדין, התיישנות דיונית הינה עילה בפני תביעות לפינוי וסילוק גם במקרקעין ציבור.

28. היות והשתכללה תקופת התיישנות שכזו, כפי שהוכח לעיל, אזי טענת התיישנות דיונית עומדת לנתבעים ודין תביעות הפינוי כנגדם להידחות על הסף בשל כך.

4.2. דחייה מחמת שיהוי בהגשת התביעה

29. הלכה פסוקה היא כי בהליך אזרחי, טענת השיהוי נבחנת על פי שלוש יסודות שונים: האם התנהגות התובעת מרמזת על ויתור על הזכות לתבוע (שיהוי סובייקטיבי), הפגיעה באינטרסים ראויים שנגרמה בעקבות השיהוי בהגשת התביעה (שיהוי אובייקטיבי) וחומרת הפגיעה בשלטון החוק גם אם התביעה הוגשה בשיהוי (ראו למשל: עע"מ 7142/01 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע**, פ"ד נו(3) 673, 679 (2002)).

30. אין ספק שמתקיים במקרה דנן שיהוי סובייקטיבי ושיהוי אובייקטיבי. שכן, גם לגישת התובעת, הנתבעים גרים בשטח מזה עשרות שנים, כמפורט לעיל. השתהות זו של התובעת מלמדת בעליל על זניחת התביעה.

31. חלוף זמן זה הנו כה חריג וכה ארוך עד כדי הסקת המסקנה ההכרחית כי התובעת ויתרה על זכותה, אף בהנחה שהיא קיימת, והיא לא, לתבוע את פינוי הנתבעים. בנוסף, חלוף זמן זה והתנהגותה של התובעת במשך השנים, כאמור, הקים אצל הנתבעים אינטרס הסתמכות על המצב הקיים ובין היתר אי נקיטת הליכים לפינויים מהכפר. הנתבעים הקימו את מרכז חייהם ומשפחותיהם בכפר, השקיעו את כל אשר רכשו בפיתוח בתייהם ובפיתוח הכפר וכיום אין באפשרותם לשנות את מצבם הנוכחי, הן מסיבות כלכליות, הן מסיבות חברתיות מסורתיות והן מחמת קשרם ההדוק למקום ולקהילה. השתהות זו של התובעת בהגשת התביעה הולידה אינטרס הסתמכות אצל הנתבעים והם שינו את מצב לרעה על בסיסו.

32. זאת ועוד, שיהוי ארוך שנים זה גורם נזק ראייתי משמעותי לנתבעים. שכן לאורך השנים מסמכים נוטים ללכת לאיבוד ואנשים נפטרים ובכך נפגעת יכולת הנתבעים להוכיח את הגנתם. נזק זה מקבל משנה חשיבות לאור חובת תום הלב הדיונית המוגברת המוטלת על המדינה (ראו למשל: ע"א 7793/19 מדינת ישראל - רשות הפיתוח נ' עזבון המנוח סאלם עקל ז"ל (פורסם במאגרים, 8.5.2022)).

33. יחד עם זאת הפגיעה בשלטון החוק איננה קיימת כלל. כאמור, וכפי שהוכח על ידי הנתבעים, הם בני רשות בקרקע עליה נבנה כפרם ואין מדובר במשיגי גבול. על כן אינטרסים של פגיעה בחוק או בערכי שלטון החוק אינם קיימים כלל בענייננו. הדבר מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי השטח מיועד בתוכנית להקמת שכונת מגורים כך שניתן לשלב את הבתים של הנתבעים במסגרתה של התוכנית.

34. הנתבעים יטענו שאיזון האינטרסים מביא למסקנה שדין תביעת הפינוי כנגדם להידחות מחמת שיהוי.

4.3. שימוש לרעה בהליכים

35. החלטתה של התובעת להגיש תביעת פינוי נגד הנתבעים מהווה התנהלות שלא בתום לב ובניגוד לחובת ההגינות המוטלת על הרשות. עקרון יסוד במשפט המינהלי הינו שהרשות חייבת להפעיל את סמכויותיה באופן הוגן כלפי מי שעלול להיפגע מכך. חובה זו הינה נגזרת מהעובדה שהרשות הינה נאמן של הציבור – כל הציבור – והיא מופקדת על האינטרס הציבורי (בג"ץ 840/97 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד3 729, 745-746, נב(1) 289, 319 (2003); בג"ץ 164/97 קונטראם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ (1998)). יתרה מכך, הגינות הינה שיקול ענייני של הרשות המנהלית שהיא חייבת להתחשב בו בעת היא מפעילה את סמכותה (זמיר הסמכות המינהלית בעמ' 1003).

36. ראשית, עצם הרצון להעביר את הנתבעים ליישוב בדואי אחר מבלי לבחון חלופות אחרות, מהווה פעולה לא הוגנת הפוגעת בכבוד האדם הן בשל היותה מדיניות שיוצרת סגרגציה (הפרדה גזעית) כך שבדואים יגורו ביישובים של בדואים ולא בעיר דימונה והן בהיותה מתייחסת לאנשים ככלי משחק שניתן להעבירם בנקל. שנית, הגשת תביעת הפינוי במועד זה, בטרם התקדם התכנון של דימונה, מהווה פעולה שלא בתום לב. כזכור, מחוות הדעת של העדה המומחית מטעם הנתבעים, אדרי' דפנה ספורטה, עולה כי

"שכונת רותם", בגינה מבקשת התובעת לפנות את התושבים אינה אלא רעיון תכנוני. שכן, לא מדובר בתוכנית מאושרת או מופקדת אלא בתוכנית שנמצאת בשלבים ראשוניים של תכנון רעיוני. בהתאם לחוות הדעת, טיוטת התוכנית הוצגה ללשכת תכנון מחוז דרום במהלך 4/2017 (ס' 6 לחוות הדעת), דהיינו לפני חמש שנים וחצי. נכון לרגע זה, החיפוש במאגר התוכניות של מנהל התכנון אינו מעלה זכר כלשהו לתוכנית האמורה. דהיינו, בניגוד לצורה בה התובעת מנסה להציג את הדברים, הרי הפינוי המבוקש של התושבים אינו אלא על בסיס רעיון ראשוני של התובעת שמאז הגשת התביעות עד היום לא הייתה בו התקדמות כלשהי וספק אם יאושר ואם יתממש. לכן בנקודת זמן זו, אין אינטרס ציבורי אשר מצדיק את הפינוי של הנתבעים.

37. זאת ועוד, קיומו של תכנון כלשהו אשר מיעד את השטח למגורים אינו מחייב, הוא כשלעצמו, לפנות את התושבים. ראשית, יתכן והתוכנית תכלול הוראות אשר מאפשרות, או אף מתכוונות, להסדיר את הבתים של הנתבעים. חוות הדעת של גב' ספורטה הפנתה למקרה דומה בו נבחנה החלופה של הכללת הבתים של הבדואים בתכנון של היישוב עיר אובות (ס' 16 לחוות הדעת). שנית, התוכן של התוכנית אינו סופי עד שמוסד התכנון דן בהתנגדויות לתוכנית ומחליט לאשרה, לערוך בה שינויים או לדחותה. כלומר, על אף רצונה של התובעת כבעלת הקרקע או היזמית של התוכנית, הרי תוכנה הסופי של התוכנית אינו בשליטה אלא בשליטת מוסדות התכנון (בכפוף לביקורת שיפוטית).

38. לענייניו, הגשת תביעת הפינוי בעת הזו נגועה בחוסר תום לב ואי הגינות ועולה כדי שימוש לרעה בהליך שיפוטי. שכן, היא בעצם מאיינת את האפשרות של הנתבעים להשפיע על הליך התכנון דרך התנגדויות לאחר הליך ההפקדה. שכן, באם תתקבל התביעה ויפוגו הנתבעים מהשטח הרי יכול ולא ייחשבו כ"בעלי עניין בקרקע הרואים את עצמם כנפגעים מהתוכנית" (לפי ס' 100 לחוק התכנון והבנייה). אף חמור מזה, יתכן וכבר יהיה מדובר במעשה עשוי שכך גם הוועדה תהיה מוכנה להסדיר את המגורים שלהם הדבר לא יתאפשר. משמעות הדבר הינה שבפועל התובעת שמה את הנתבעים בפני שוקת שבורה. בנקודת זמן זו אין לנתבעים עדיין איך להשפיע על התכנון האמור בהיות התוכנית טרם הוגשה. בה העת, התקדמות בתביעת הפינוי תאייץ את האפשרות שלהם להתנגד לתוכנית בהמשך. בעצם התנהלות זו משמעה כי אין נקודת זמן בה יכולים הנתבעים להשמיע את עמדתם ולדרוש את הכללתם בתוכנית.

39. התנהלות זו אינה הוגנת. שכן, האזרח נפגע בשל ריבוי הקולות, והזרועות, של המדינה שיוצרים מצב הפוגע בזכויות החוקתיות שלו. התנהלות זו עולה לכדי שימוש לרעה בהליכי בית משפט ומצדיקה שביית המשפט הנכבד יפעיל את סמכותו לפי תקנה 42 לתקסד"א החדשות ויורה על מחיקת התביעה.

4.4. הגנה מן הצדק

40. הנתבעים יטענו, כי ניתן להקיש לענייננו מדוקטרינת ההגנה מן הצדק. שיקולים אלה הביאו לא אחת לביטול כתבי אישום ובקשות לצווי הריסה על פי חוק התכנון והבניה. כך למשל בית משפט המחוזי בנצרת ביטל בית המשפט המחוזי צו הריסה ללא הרשעה על פי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה בגין בנייה אשר קיימת משך שנים רבות, וזאת לצורך הפעלת לחצים לשם פינוי התושבים לצורך יישום מדיניות ריכוז האוכלוסייה הבדווית (ע"פ (מחוזי נצי') 224/91 פלאח נ' מדינת ישראל, פ"מ התשנ"ב(3) 332 (1992)). פסק דין נוסף בהקשר הזה ניתן בבית משפט השלום בירושלים במסגרתו עמדה לנאשמים, באישומים שונים על פי חוק התכנון והבניה, הגנה מן הצדק, בין היתר, בשל העובדה כי העבודות נשוא כתבי האישום נעשו בהנחיית ובידיעת הרשויות (ת"פ (שלום י-ם) 3531/00 מדינת ישראל נ' אורה מושב להתיישבות (טרם פורסם, ניתן ביום 2.10.05)).

41. להלן פירוט על מקרים נוספים בהם בית המשפט הפעיל הגנה מן הצדק בגין מצג של הרשות: ת"פ (פתח-תקוה) 226/99 מדינת ישראל נ' אלפא מוצרי פלסטיק בע"מ זוכה נאשם מעבירה של ניהול עסק בניגוד לחוק, לאחר שבירר בעירייה קודם ששכר את הנכס ונאמר לו שמדובר בעסק בעל רישיון; ת"פ (פ"ת) 1172/98 מ"י נ' שמשון יוסף בו הנאשם זוכה מעבירה של שפיכת פסולת שכן מפקח מטעם העירייה יצר בפניו מצג כי פעולתו חוקית; ת"פ (הרצליה) 1/946/97 מ"י נ' כהן בו זוכה הנאשם מעבירה של ניהול תחנת דלק ללא רישיון עסק, לאחר שבמשך 24 שנה ניהל את התחנה על פי הנחית הרשויות אלא שרישיון העסק מעולם לא היה על שמו; ת"פ (נתניה) 3346/99 מ"י נ' א.א.ד. שירותי כוח אדם בע"מ, שצורף ע"י ב"כ הנאשמים, בו זוכו הנאשמים מעבירה של שימוש ללא היתר במקרקעין בכך שהשתמשו בדירה למשרד, זאת לאור העובדה שגם למועצה המקומית היה משרד באותו בניין.

42. זאת ועוד לא פעם ההגנה מן הצדק הופעלה בענייני תכנון ובנייה והביאה לביטול כתבי אישום אשר הרשות השתתתה בהגשתם (ראו למשל: חע"מ (מקומיים ר"ג) 329/09 עיריית רמת גן נ' גבאי (פורסם במאגרים, 20.2.2010); ת"פ 7332/10 מדינת ישראל נ' אברמוביץ (פורסם במאגרים, 11.3.2013)).

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

44. ההתנהלות שפורטה בהרחבה לעיל מצד התובעת, רשות ציבורית, אינה ראויה ואינה הוגנת ומצדיקה את דחיית התביעה. המסקנה לעיל מקבלת משנה חשיבות לאור החובות החלות על התובעת מתחום המשפט המינהלי והחוקתי אשר הופכות את החלטת הפינוי של התושבים בנסיבות העניין ללא חוקית – הכל כפי שיובהר בהרחבה בהמשך.

5. החלטת הפינוי סותרת את דיני הרשות במקרקעין

5.1. התובעת לא הוכיחה שהנתבעים הינם פולשים

45. תחילה חשוב להדגיש כי התברר בפני בית המשפט כי ענין ביעור התיקים הוא מגוחך ולא נכון. מעדותו של מר נויהאוס לא ניתן לאשר דבר וחצי דבר בענין זה - לא על זהות הצדדים ואף לא על תוצאות ההליך; לא ידוע לו מתי בדיוק הוגשו התביעות, לא ידוע לו מהם שמות הנתבעים, לא ידוע לו שם השופט שטיפל בתביעות, גם לא בדק מי עורכי הדין שטיפלו בתביעות מטעם התובעת, ולא קיימת אצל התובעת כל הודעה מטעם מערכת בתי המשפט בדבר הכוונה לבער את התיקים, גם לא נבדק אם ביעור התיקים פורסם ברשומות (ח.ג. בעמ' 17-18). יתירה מכך, מהנספח הנ"ל עולה כי התיקים בוערו ממערכת בית המשפט המחוזי בבאר שבע. תיקי פינוי, אם אכן היו כאלה, היו מוגשות לבית משפט השלום, שלו הסמכות לדון בהן ולא לבית משפט המחוזי.

46. הנתבעים יטענו כי יש לדחות את התביעה כנגדם מחמת אי הוכחת עילת התביעה. שכן, התביעה לפינוי כפרם הוגשה בעילה של השגת גבול ובטענה כי הנתבעים פלשו לקרקעות בבעלות המדינה ללא רשות. הנתבעים יטענו כי כשלה המדינה בלהוכיח את טענתה שהם פלשו למקרקעין. שכן, כפי שעולה מהתצהיר של פריג' אלהוואשלה קצין של הצבא הבטיח להם שלא יפגעו קרקעותיהם והם המשיכו לגור ולעבד אזור זה. עדות זו גם תואמת את הממצאים שעלו מחוות הדעת של ד"ר שיר - ואשר לא נסתרו - שמראים שלאורך השנים (מאז 1956 לפחות) בדואים גרו באזור זה שכאמור מזוהה עם שבט אלהוואשלה. תביעת הבעלות שצורפה לתצהיר של סעוד אלהוואשלה מראה שכבר בשנות ה-70 הנתבעים הגישו תביעות בעלות על שטח זה שהחשיבו אותו לשלהם. דהיינו, בני שבט אלהוואשלה החזיקו בקרקעות אלה עוד לפני הקמת מדינת ישראל והם ממשיכים להחזיק בהם עד היום וזאת על אף שהיו 20 שנה תחת שלטון צבאי ועל אף ההקמה על העיר דימונה ועל אף הרחבתה.

47. במצב דברים אלה, הנתבעים אינם עונים על ההגדרה של פולשים. כך שגם אם כיום, מבחינה רשמית הקרקע רשומה על שם מדינת ישראל, אין משמעות הדבר שהנתבעים הינם בגדר פולשים לקרקע זו. כך למשל בעניין **אבו אלקיעאן**, בית המשפט קבע שתושבי אום אלחיראן אינם פולשים אלא בני רשות. יפים לענייניו הדברים הבאים מתוך דו"ח הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס אליעזר גולדברג:

הבדווים הינם תושבי המדינה ואזרחיה, וככאלה אין הם "שקופים" וחסרי מעמד וזכויות. יש להאזין לטענותיהם ולהתחשב בצורכיהם, ויש לשתפם בתהליכים לקביעת עתידם. **אין להתעלם מנייודם הכפוי של חלק מהם לאזור הסייג לאחר הקמת המדינה, ולאחיותו רבת השנים של חלקם האחר בקרקעות שבאזור הסייג. לא ניתן לומר כל השבטים שהיו ועל אלה שהועברו, כי הם פלשו לאזור הסייג, גם אם ברור כי הם הרחיבו במשך השנים את גבולם באזור שלא כדין מעבר לגבולות הקרקע המקוריים. (פס' 71) (ההדגשות נוספו)**

48. משהופרכה טענת השגת הגבול עליה מתבססת התובעת באופן בלעדי ומשהוכח כי הנתבעים אינם משיגי גבול הרי דין התביעה כנגדם להידחות. מסקנה זו מתחייבת מההלכה המושרשת וארוכת השנים לפיה כאשר מוגשת נגד מחזיקים בקרקע תביעה בגין סילוק יד ומתברר כי הם בני רשות, יש לדחות את התביעה (ע"א 444/65 פריצקר נ' שאהין (1966)) וכן מעקרונות המשפט המנהלי המחייבים את הרשות לשקול את החלטתה מחדש באם התבססה על נתונים לא נכונים (ראו: עניין אבו אלקיעאן).
49. בד בבד עם האמור לעיל, הנתבעים הוכיחו כי הם בני רשות הסכמית בקרקע. ככל חוזה, ההסכמה אינה צריכה להיות מפורשת וניתן ללמוד על קיומה של ההסכמה גם בהתנהגות (ראו למשל: ע"א 496/82 רוזן נ' סלונים, פ"ד לט(2) 337, 340 (1985)). זאת ועוד, גם דרישת הכתב אינה חזות הכל לעניין העברת זכויות במקרקעין במיוחד כאשר עסקינן באירועים שהיו לפני חקיקת חוק המקרקעין בשנת 1969 וחלה עליהם שמירת דינים (ע"א 496/89 אלקלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343, 350 (1991)).
50. לענייננו, על הידיעה וההסכמה של המדינה ניתן ללמוד מכך (1) שרשויות הצבא הבטיחו לבני השבט לשמור על קרקעותיהן והם לא גורשו בתקופת המשטר הצבאי; (2) רשויות המדינה סיפקו לתושבים חיבור למים עוד לפני עשרות שנים; (3) במסמכים רשמיים רבים הכתובת של הנתבעים הינה שבט אלהאושלה/ אבו רגייג - דימונה. דבר זה מלמד כי הרשויות ידעו על מגוריהם בשטח והסכימו להם; (4) במשך עשרות שנים המדינה לא נקטה באף פעולת אכיפה נגד התושבים.
51. זאת ועוד, במשך השנים הנתבעים השקיעו מאמצעים ומשאבים רבים בפיתוח הקרקע ובבניית בתיהם וכפרם. כמו כן, לאורך השנים הנתבעים איבדו קרקעות רבות אשר שימשו לצורכי חקלאות, רעה ולמגורים, כתוצאה מההתפתחות של דימונה. לאור זאת, מדובר ברשות שניתנה לנתבעים בתמורה. לכן קם לנתבעים אינטרס הסתכמות חזק וארוך שנים שמונע את ביטולה של הרשות. כך למשל, בעניין **בצר** סירב בית המשפט העליון לבטל רישיון אשר ניתן למערערים שהשקיעו ובנו במקרקעין את ביתם בהיותה תוצאה לא צודקת (ע"א 2836/90 **בצר נ' צילביץ** (1992)).
52. בנוסף, מאחר ומדובר ברשות הנובעת מיחסים חוזיים, הרי שביטול החוזה האמור, אמור להיבחן גם במסגרת דוקטרינת ההשתחררות השלטונית, דהיינו "רק אם 'צרכי-ציבור חיוניים' אינם מתיישבים עם המשך הקשר החוזי" (ע"א 6328/97 **רגב נ' משרד הביטחון**, פ"ד נד(5) 506, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000)). התובעת לא הצביעה כלל על "צרכי ציבור חיוניים" המצדיקים ביטול הרשות שניתנה להם לשבת במקרקעין. ההפך, הפינני וביטול הרשות שניתנה להם אינם מגשמים צרכי ציבור חיוניים כלשהם, אלא היא באה להגשים תכלית בלתי ראויה כפי שיובהר להלן.

5.2. לחליפין, הנתבעים הינם בני רשות מכח השתק

53. לחליפין, הנתבעים יטענו כי לומדים ממחדלה וממעשיה משך השנים של התובעת כי היא השלימה עם שימוש ארוך השנים של הנתבעים בקרקע לפיכך, הנתבעים הינם בעלי רשות מכללא (ראו למשל: ע"א 602/84 ריבוא נ' גל, פ"ד לט(3) 693, 698 (1985); נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב(א) 24 (1995)). על אף היותה של רשות זו מכללא, הרי לא ניתן לבטלה מבלי לבחון האם זה מן הצדק, בנסיבות העניין, לאפשר לתובע לעשות כן. יפים לעניינינו דברי השופטת ברק ארו בעניין **אבו אלקיעאן**:

יש להוסיף ולבחון מהם השיקולים הרלוונטיים החלים על פיננים של מי שיושבים במקרקעי ציבור מכוח רשות שקיבלו. אני סבורה ששיקולים אלה כוללים, למצער, התייחסות לשאלות הבאות: מהם הטעמים העומדים ביסוד ההחלטה על פיננים של בני-הרשות? האם הופרו תנאי הרשות? מהי עוצמת הפגיעה בבני-הרשות ומהי מידת ההסתמכות שלהם על הרשות שקיבלו? האם הפינוי נובע מתכנון חדש למקרקעין, ובאיזה שלב נמצאים הליכי התכנון? האם בני-הרשות זכאים לקבל פיצוי עבור פיננים? אם הפינוי נובע מהליכי תכנון מחדש של המקרקעין ובאותן נסיבות שבהן בני-הרשות אכן זכאים לקבל פיצוי עבור פיננים, מתעוררות שאלות נוספות: האם התכנון החדש מאפשר פיצוי במתכונת של המשך המגורים במקום במסגרת הבנייה המתוכננת בו? האם תוכנית הפיצוי מביאה בחשבון את העדפותיהם של בני-הרשות והזיקות שיצרו במקום כמו גם לקהילה שנוצרה בו? [...] ברי כי ביטול רשות היא פעולה מנהלית שחייבת להיעשות על בסיס הנמקה ובאופן סביר ובמובן זה האינטרסים של בני-הרשות, קל וחומר כאשר עסקינן בבני-רשות המתגוררים במקום עשרות שנים, חייבים אף הם להישקל בטרם מתקבלת ההחלטה" (פס" 8, ההדגשות נוספו)

54. הנתבעים יטענו כי בחינת שיקולים אלה יובילו בהכרח למסקנה כי החלטת התובעת לבטל את הרשות אינה צודקת, מהנימוקים להלן:

- **הטעם שבבסיס הפינוי**: הינו הקמת שכונה חדשה ואף מבלי לשקול להשאיר אותם בשכונה החדשה. ביטול הרשות של הנתבעים כדי ליישב במקומם אוכלוסייה אחרת אינו לתכלית ראויה ואין זה מן הצדק לאשרה. שכן עד כה לא נשמעה טענה רציונלית אחת מדוע לא לכלול אותם בתכנון החדש.
- **הפגיעה בנתבעים היא לא מידתית ועצומה**: הנתבעים בנו מרקם חיים שלם בכפרם בנו בו מבנים של קבע והשקיעו רבות בטיפוח ופיתוח המקום. סילוק יד ופינוי אנשים כדוגמת הנתבעים מבתיים יגרמו לפגיעה חמורה ונזק נפשי וכלכלי אדירים למפונים. תוצאה כזאת היא בלתי צודקת בעליל ועל כן מן הדין ומן הצדק לבטל את התביעה.
- **ההסתמכות של הנתבעים**: לנתבעים אינטרס הסתמכות וצפייה לגיטימיים וחזקים שישארו במקום בו נולדו, הולידו ובו הם ציפו לגור עד סוף ימיהם. השתיקה ארוכה השנים של המדינה מעצימה מאוד את אינטרס ההסתמכות שלהם והופכת את ביטול הרשות להחלטה בלתי צודקת.
- **פיצוי בדמות הסדרה במקום**: התובעת טוענת כי הפינוי הינו תוצאה של תכנית חדשה למגורים אשר עדיין נמצאת בשלבים ראשוניים ביותר. על כן, אין מניעה ש"הפיצוי" של התושבים יהיה בדמות המשך המגורים במקום במסגרת הבנייה המתוכננת בו כפי שנקבע בעניין **אבו אלקיעאן**. פתרון זה יש בו כדי להביא בחשבון את "העדפותיהם של בני-הרשות והזיקות שיצרו למקום כמו גם לקהילה שנוצרה בו".

- זאת ועוד, **אופי הקרקע וזהות נותן הרשות** הינם עניין חשוב גם כן. במקרה לפנינו לא מדובר על רשות בקניין הפרט אלא בקניין ציבורי. הרשות הציבורית כפופה לחובת הגינות מוגברת בקבלת החלטותיה. עניין לנו במסיבות מיוחדות המחייבות הכרה ברישיון מכללא במקרקעי הציבור, זאת הן בשל אורך השהייה בקרקע והן בשל ההיתכנות התכנונית (ראו למשל: ת"א (מחוזי חי) 42185-03-16 **חסירמי נ' מדינת ישראל- רשות מקרקעי ישראל** (פורסם במאגרים, 25.03.2022)).

- הצדק מחייב לתת **פרשנות מצמצמת לאפשרויות ביטול הרישיון** במקרה דנן על מנת להעניק ההגנה הראויה מפני הפגיעה החמורה של הפינוי בזכויות היסוד החוקתיות של הנתבעים.

55. לאור כל האמור לעיל, החלטת התובעת לבטל את הרישיון לשבת בקרקע אינה צודקת ויש לבטלה.

6. החלטת הפינוי אינה ממלאת אחר הדרישות של המשפט המנהלי ודינה בטלות

56. החלטת התובעת לפנות את הנתבעים על אף היותם בני רשות, ללא סיבה תכנונית ובהעדר פתרון חלופי עומדת בסתירה לעקרונות יסוד של המשפט המנהלי בהיותה נתקבלה ללא תשתית עובדתית מלאה (התברר שלא היה פסק דין בעבר נגד הנתבעים וכי הם לא פולשים וכי הם מתגוררים שם עשרות שנים, כי הרשויות רשמו את כתובתם שם וחיברו אותם למים וכי לא הוצע להם דיור חילופי זמין) וללא שקלית השיקולים הרלוונטיים (האפשרות לשלב אותם בתכנון השכונה החדשה) ובהתבסס על שיקולים זרים (שהם לא מתאימים להמשיך לגור בדימונה בעתיד בהיותם בדוויים), ועל כן דינה בטלות.

6.1. ההחלטה מפרה את החובה של הרשות להפעיל שיקול דעת בכל מקרה ומקרה

57. כפי שהוכח לעיל, אין מחלוקת עובדתית שלא נשקלה כלל האפשרות להסדיר תכנונית את מגוריהם של הנתבעים במסגרת העיר דימונה בכלל ובמסגרת התוכנית החדשה בפרט וכי החלופה היחידה שנשקלה הייתה העברתם של הנתבעים ליישוב הבדואי קסר א-סר. הדבר לא נשקל אף כאשר הנתבעים הציגו בקשה זו לתובעת ולרשות הבדואים בצורה מפורשת כפי שעולה מסיכום הדיון שצורף לתצהיר העדות של מר מתן חכמון. הנתבעים יטענו שבכך הפרה התובעת את החובה המוטלת עליה להפעיל את שיקול דעתה ואת סמכותה. זאת ועוד, די בנתונים אלה כדי לסתור את חזקת התקינות של ההחלטה המינהלית ולהעביר את הנטל אל הרשות להוכיח את ההפך.

58. הנימוק שניתן על ידי מר חכמון לאי שקילת חלופה זו הינו שלרשות הבדואים אין סמכות להסדיר את ההתיישבות של הבדואים בתחום דימונה אלא אך ורק בתחום היישובים הבדואים. הנתבעים פנו לתובעת בכדי לבוא בדין ודברים איתה – הן בהיותה התובעת והן בהיותה הרשות המנהלית האמונה על ניהול קרקעות המדינה ובכלל זה הקרקעות עליהן הולכת לקום השכונה החדשה של דימונה. אלא שהתובעת הבהירה שיש לקיים את הישיבה עם ואף במשרדי רשות הבדואים בהיותה הגוף המוסמך

לעניין פתרונות התיישבות לבדואים. על כן, תמוהה כעת הטענה כי רשות הבדואים אינה הגוף המוסמך, שכן חזקה של התובעת שהיא הביאה לשולחן הדיונים את כל הרשויות הרלוונטיות לעניין, שאם לא נאמר כן הרי מדובר בהתנהלות בלתי תקינה וחסרת תום לב (ראו למשל: בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289 (1998)).

59. בכך שהתובעת לא שקלה כלל וכלל את האפשרות להסדיר את המגורים של הנתבעים במקום מושבם בין אם בצורה נפרדת או כחלק מדימונה, היא הפרה את החובה להפעיל את שיקול דעתה ואת סמכותה (ראו: דפנה ברק ארז **משפט מינהלי עמ' 201**). חובה זו משמעה גם כי באותם מקרים בהם הרשות גיבשה מדיניות כללית בעניין מסוים, עליה לבחון האם מדיניות זו ראויה ונכונה היא לגבי כל מקרה שמובא לפניו בהתאם לנסיבותיו ועובדותיו. דהיינו, הרשות גם אינה יכול לקבל החלטה על בסיס עמדה עקרונית, בלי לבחון את העובדות והשיקולים המוצגים לפניו ובלי לשקול מקרים חריגים (דפנה ברק ארז **משפט מינהלי עמ' 202-204**). הדברים מקבלים משנה חומרה כאשר אין זו בלבד שהאפשרות היחידה שנבחנה על ידי התובעת הינה עקירת הכפר וגירוש תושביו לשוב בדואי אחר, אלא שכפי שהוסבר לעיל, אפשרות זו אינה מקובלת על התושבים ואף אינה זמינה או ישימה.

6.2. ההחלטה אינה מתבססת על תשתית עובדתית ראויה, מלאה ומהימנת

60. הנתבעים יטענו, כי על אף שהשלכות ההחלטה הנדונה יכולות להיות הרות אסון כלפיהם – התובעת לא עשתה בדיקה עניינית המתבססת על תשתית עובדתית ראויה עובר לקבלת ההחלטה כפי שמלמדות עדויות עדי התביעה. דבר המשליך על תוקף ההחלטה המנהלית לפעול לפינוי הנתבעים והריסת כפרם.

61. כך למשל, בתשובה לשאלה אודות הפעלת שיקול דעת בעת קבלת ההחלטה לפנות, העיד מר שי נויאהוס בחקירתו הנגדית כי "עבדתי על פי תכנית עבודה מסודרת, שתכנית העבודה מי שמניע אותה זה המנהלים שלי באותם ימים [...] תכנית העבודה הייתה כן, ללכת ולבדוק מה מצב המקרקעין. לתאר את מצב המקרקעין" (עמ' 16, ש' 8-12). להזכיר, בתצהיר עדות ראשית מטעמו, הצהיר הנ"ל בסעיף 2 לתצהירו, כי הוא מתבסס, בין היתר, "על מידע שמצוי ברשות התובעת..." יחד עם זאת, אין התצהיר מפרט ובחקירתו הנגדית לא יכל העד להסביר מהו המידע הנמצא ברשות התובעת, על מה נסמכה ואיך התקבלה ההחלטה לפעול לפינוי הכפר על מאות תושביו.

62. הלכה פסוקה היא כי חובה על כל רשות מנהלית בבואה לקבל החלטה להתבסס על תשתית עובדתית מתאימה ומספקת (בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, פס' 11 (1983)), כולל גם ראיות שאינן תואמות את נטייה של הרשות על מנת שיתאפשר לה לבחון אותן בלב פתוח ובנפש חפצה ורק לאחר מכן לקבל החלטה מושכלת (בג"ץ 3379/03 **מוסטיקי נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3) 865, פס' 38 (2004)).

6.3. ההחלטה מתעלמת משיקולים רלוונטיים ועל כן אינה סבירה

63. זאת ועוד, החלטת הפנוי לא שקלה את העובדה כי מדובר בבני רשות (כפי שהוסבר לעיל) ולא שקלה בכלל את האפשרות להשאיר את הנתבעים במקום מושבם. החלטה שלא שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים הינה בהגדרה החלטה לא סבירה בעליל.

64. הלכה פסוקה היא כי על הרשות המנהלית בבואה לקבל החלטה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, ואותם בלבד (ראו: ירונוט, פס' 20; בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל פס' 13 (פורסם במאגרים, 7.12.2006); עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פס' 37 לפסק הדין (2010)). כאשר "התעלמות מוחלטת משיקול ענייני היא מעין בבואה של היזקקות לשיקול זר שמשמעו התחשבות בשיקול שהיה צריך להתעלם ממנו כליל." (עניין הבית הפתוח, בפס' 37) והיא מהווה פגם שיש בו כדי להביא לביטולה של ההחלטה.

65. זאת ועוד, "בגדר שיקוליה הענייניים, מתחייבת הרשות המינהלית לא אחת, להתחשב לא רק בנתונים עובדתיים, אלא גם בעקרונות וערכים. למשל, בהיבטים של זכויות אדם, באינטרסים חברתיים וכלכליים שונים, וכיוצא באלה" (עניין פלוגת ג'ינס, פס' 13). בענייננו, התובעת התעלמה כליל מהפגיעה של ההחלטה שלה בזכויות החוקתיות החשובות ביותר של הנתבעים ומהמשמעות הסיגרטיבית של פינוי הנתבעים ועל היות מדיניות זו אסורה, מפלה ולא לתכלית ראויה. כפי שיוסבר להלן.

66. לסיכום, מדובר בהחלטה שרירותית שלא נשענת על תשתית עובדתית ראויה ונתונים רלוונטיים המצדיקים את ההחלטה לפינוי הנתבעים ועקירתם מכפרם, ועל כן דינה בטלות.

7. החלטת הפינוי פוגעת בזכויות יסוד שלא לפי פסקת ההגבלה ועל כן אינה חוקתית

67. פינוי הנתבעים יפגע בזכויות תושבי הכפר לכבוד, לקניין, לדיוור ולשוויון – זכויות שהוכרו זה מכבר כזכויות יסוד חוקתיות. החלטה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שכן, החלטת התובעת מקדמת תכלית פסולה, ודי בכך כדי להגיע למסקנה כי היא אינה חוקתית. ואולם, גם אם ניתן להצביע על תכלית לגיטימית כלשהי, הרי שהחלטת התובעת עדיין לא עומדת בתנאי מבחן המידתיות על שלושת מבחני המשנה שלו. בהקשר הזה, אין להפריד בין שאלת הפינוי לבין שאלת הרקע התכנוני שהוא מיועד להגשים. למכלול השאלות הנ"ל ישנה השלכה מיידית וישירה במסגרת הבחינה החוקתית של תביעות הפינוי וכל החלטה לפנות. נפרט.

7.1. החלטת הפינוי פוגעת בזכויות חוקתיות של הנתבעים

68. **הפגיעה בזכות לכבוד ובזכות לקורת גג**: פינויים של הנתבעים בנסיבות העניין מהווה פגיעה חמורה ביותר בזכותם החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שכן, פינוי בנסיבות העניין ישלול את זכותם לדיוור, ישלול כל ערך לחיי המשפחה והחברה שלהם וישלול כל ערך לאנושיותם וכן יפגע באישיותם. **פינוי הנתבעים מכפרם נותנת להם את התחושה כי היחס אליהם הוא כאל חפצים**

שניתן בנקל להעבירם ממקום למקום ללא לקיחה בחשבון את יחסם וקשריהם ההדוקים וארוכי הטווח למקום, כמו גם את ההשלכות החברתיות, המשפחתיות, הקהילתיות והכלכליות בכלל זה. ואכן כפי שהוכח לעיל, שיקולים אלה לא נלקחו בחשבון על ידי התובעת.

69. פינוי כאמור ינתק את הנתבעים מביתם, מסביבתם ומהיסטוריה ארוכת שנים של זיקה למקום. על כן היא תפגע באישיותם וזכות היסוד שלהם לאוטונומיה - הזכות לעצב את חייהם ואת גורלם, כולל היכן ועם מי יחיו - ועל כן פינויים הכפוי של הנתבעים יפגע בכבודם (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005)).

70. פגיעה נוספת בזכות לכבוד נוצרת בשל ההיגיון שעומד בבסיס הפינוי - פינוי התושבים כדי להקים שכונה חדשה בדימונה. פינוי הנתבעים שנמצאים בשטח מושא התביעה דורות על גבי דורות על מנת ליישב במקומם תושבים אחרים עולה כדי ביזוי והשפלה. ההנחה שיש צורך, או אף הצדקה, בפינויים של הנתבעים לצורך תכנון ופיתוח עתידי של האזור, והנקיטה במהלך של הדרתם הכפויה תוך התייחסות אליהם כאל מכשול, כוללת בחובה ביזוי והשפלה על רקע השתייכות קבוצתית ובשל כך מהווה פגיעה בגרעין של הזכות לכבוד. פגיעה זו מתעצמת לאור היחס אל הנתבעים כאובייקטים בלתי רצויים הניתנים להעברה בכל פעם שהתובעת מבקשת לשכן אזרחים אחרים במקרקעין עליהם הם יושבים. נזכיר, במשך עשורים הנתבעים יושבים באזור, תוך הסכמה לפחות מכללא של התובעת, עד כי נטעו הנתבעים שורשים במקום. גישת התובעת - לפיה שום נטיעת שורשים מצד הנתבעים אינה יכולה להיחשב כמוצדקת דיה כדי להעדיף, או אף לכלול, את הצרכים והאינטרסים שלהם באותו תכנון עתידי של האזור, שעל פניו מתעדף תושבים פוטנציאליים על פני אלו שנמצאים שם ממש - פוגעת בלב לבה של הזכות לכבוד. ברור לכל הוא כי יחס מבזה ומשפיל פוגע בגרעין של הזכות לכבוד. בהקשר זה, יפים דבריו של פרופ' אהרן ברק: "כבוד האדם מניח פרט שאינו אמצעי לסיפוק צרכיו של פרט אחר. הוא מניח חברה המבוססת על הרצון להגן על כבוד האדם של כל אחד מפרטיה" (אהרן ברק "כבוד האדם כזכרות חוקתית" הפרקליט מא 417, 430-431 (תשנ"ג-תשנ"ד)).

71. הפגיעה בזכות לקניין: מעמדם של הנתבעים במקרקעין כבני-רשות, בין אם מכללא ובין אם מכוח הסכמה, נחשב לזכות קניינית במובן סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן ראוי הוא להגנה. יתירה מכך, ההשקעה רבת השנים של הנתבעים בבניית בתיהם, פיתוח תשתיות וחיי חברה וכלכלה, וכן ציפיותם והסתמכותם הלגיטימית להישאר במקרקעין באופן תמידי, כל אלה משכללות זכות קניינית חוקתית הראויה להגנה. גם בהרס בתיהם של הנתבעים כתוצאה מהפינוי גלומה פגיעה קשה ביותר בקניין (לזכות הקניין ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (2005); בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר (1996); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל (2001)).

72. **הפגיעה בזכות לשוויון:** פינויים של הנתבעים מאזור מגוריהם, בו התגוררו במשך עשרות רבות של שנים, מתוך רצון לתכנן ולפתח את האזור לטובת תושבים פוטנציאליים אחרים שככל הנראה אינם בדואים, מהווה הפליה פסולה ופגיעה בזכות החוקתית לשוויון שאף היא מגלמת פגיעה בזכות לכבוד. בהקשר זה, הפינוי לשם פיתוח האזור עולה כדי העדפת האינטרסים ו"הזכויות" של תושבים פוטנציאליים כלשהם על פני הזכויות והאינטרסים הלגיטימיים של תושבים קיימים שיש להם קשר הדוק למקום ואשר מתגוררים זה עתה על המקרקעין מושא התביעות. אין איך להצדיק פגיעה בשוויון של הנתבעים שמתגוררים בכפרם מזה עשרות רבות של שנים, בשם אינטרסים של קבוצה שקיומה היחיד בשלב זה הינו תיאורטי? האם הזכות של תושב עתידי להתגורר באזור לכשיתפתח עולה בעדיפותה על זכותם של הנתבעים להמשיך ולהתגורר שם? ומדוע לא ניתן לתכנן את פיתוח האזור העתידי באופן שישלב את התושבים הנוכחים בהווה ולמען ולרווחת מי אותו פיתוח מיועד? מדיניות זה הינה בבחינת נפרד אבל שווה שאינה חוקית (ראו: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל).

7.2. התכלית שבבסיס החלטת הפינוי אינה לתכלית ראויה

73. כאמור, התכלית של פינוי הנתבעים הינה להקים שכונה חדשה בדימונה וליישב בה אנשים אחרים, כאשר אי אפשר להתעלם בהקשר הזה מזהותם הבדואית של הנתבעים, לעומת זהות האוכלוסייה הדומיננטית בעיר דימונה (יהודית) והרצון להמשיך ולפתח את העיר כעיר יהודית. דהיינו מדובר בהחלטה לפנות תושבים בדואים ברי רשות המתגוררים על קרקעם ההיסטורית בכדי ליישב קבוצת אוכלוסייה אחרת במקומם. החלטה זו כוללת בתוכה גם הנחה מובלעת שהנתבעים, בשל זהותם, אינם יכולים להיות חלק מדימונה. הנתבעים יטענו כי תכלית זו אינה תכלית ראויה כלל וכלל.

74. הלכה פסוקה היא כי כל חקיקה ראשית או מעשה מינהלי חייבים לשרת **תכלית ראויה**. הפסיקה קבעה כי תכלית אשר לא נותנת 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 (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); 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)).

75. הנתבעים יטענו כי, פינויים מאזור מגוריהם לאחר עשרות שנים של השתקעות אינו משרת שום תכלית ראויה. הפגיעה בזכויות החוקתיות שלהם במקרה דנן כאשר אין שום אינטרס ציבורי מובהק המצדיק שלילת הרשות אינה לתכלית ראויה. העובדה שלפיה המקום אותו מתבקשים המערערים לפנות מיועד לפיתוח ולהרחבה עירונית בשביל קבוצה אחרת אינה לתכלית ראויה.

7.3. ההחלטה אינה עומדת במבחן המידתיות

76. הנתבעים יטענו, כי גם אם התכלית האמורה, בדבר הרחבת העיר דימונה, תיחשב כראויה ולא כך הוא הדבר, הרי שהאמצעי שנבחר בכדי להגשימה אינו מידתי בעליל.

77. אין קשר רציונאלי בין הפינני לתכלית: בין פינניים של הנתבעים לבין הרחבת העיר דימונה אין ולא כלום, במיוחד כאשר אין בנמצא כל הצעת תכנון מפורטת קונקרטית שניתן לבחון. שכן, עצם קיומו של תכנון רעיוני אין משמעו כי חובה לפנות את הנתבעים ולא לשלבם בתוכנית. תכנון ראוי ובהתאם לחובות מהמשפט המינהלי שחלים על רשויות התכנון מחייב דווקא תכנון ללא פינני, ולכל הפחות תכנון שלוקח את האינטרסים של הנתבעים בחשבון. יוצא, אפוא, שלצרכי מבחן ההתאמה, פינני הנתבעים לא רק שאינו מקדם את התכלית שמצדיקה בעיני התובעת את הפינני, אלא אף פועל כנגד ועומד בסתירה לתכליות האובייקטיביות והציבוריות העומדות ביסוד הליכי התכנון והבנייה.

78. ההחלטה פוגעת בזכויות הנתבעים מעל לנדרש: התובעת לא הוכיחה שהיא שקלה חלופות אחרות מלבד הפינני. נהפוך הוא היא הוכיחה באופן ברור ביותר שהחלופה האחת והיחידה שנשקלה היא חלופת הפינני. שכן מתן חכמון חזר על זה בחקירתו הנגדית עת ציין כי לא שקל שום דבר אחר כי אינו מוסמך. כלומר החלופה שנשקלה היא הקיצונית ביותר מבלי להראות שלא היתה ברירה אלא לקבל את החלופה הזו. ועל כן ההחלטה הינה גורפת ביותר.

79. על אף קיומן של חלופות תכנוניות שיכולות באופן עקרוני לשלב בין הרצון להרחיב את דימונה ולפתח את האזור לבין הכללת האינטרסים של הנתבעים והשמירה על זכויותיהם - חלופות שניתן יהיה לבחון באופן מעמיק במסגרת הליכי התכנון העתידיים - התובעת בחרה דווקא בחלופה הפוגענית והקשה ביותר. זאת ועוד, התובעת בחרה בחלופה אשר יש בה כדי למנוע אפילו את האפשרות לבחון חלופות פחות פוגעניות במסגרת הליך התכנון. בהיעדר שקילת חלופות, הן על ידי התובעת והן במסלול הראוי להן, דהיינו המסלול התכנוני, הבחירה באמצעי שממקסם את פגיעה בתובעים אינה יכולה לעמוד.

80. הפגיעה בנתבעים אינה עומדת במבחן המידתיות במובנו הצר (שיקולי נזק/תועלת): מבחן זה בוחן האם הנזק לזכויות עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? מבחן זה, "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" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פס' 75 (14.5.06)).

81. על רקע האמור, תישאל השאלה: האם ראוי מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט לפנות אזרחים ממקום מושבם, בו הם נמצאים מזה עשורים, וזאת בשם תכנון למגורי אזרחים אחרים אשר האינטרס הציבורי הנלווה אליו אינו קיים ובכל מקרה איננו ברור כלל? במילים אחרות, האם פינני כה

רחב של כפר שלם, עד כדי מחיקתו מהנוף, עקירת תושביו שקבעו בו שורשים, שלא פלשו לקרקע פרטית של מאן דהוא, אלא יושבים כבני רשות על קרקע המדינה שאמורה לשרת את אזרחיה הוא צעד ראוי? התשובה על שאלה זו יכולה להיות בחיוב אך ורק במקרה אחד כאשר הפינוי המתבקש הינו זמני באופיו, לצורך הגנה על חיים שנמצאים בסכנה מיידית, היינו, במקרה של מלחמה, מתקפה מיידית, או אסון טבע אשר עלולים לפגוע באופן קרוב לוודאי בחיי התושבים. המקרה דנן רחוק מאוד מלהיות כך. בנסיבות דנן, הפינוי המבוקש מתבסס על טיעונים שאינם ראויים.

82. במקרה דנן, פינוי הנתבעים מתעלמת מהנזקים הרבים לזכויותיהם שפורטו לעיל, אך היא גם מתעלמת באופן מוחלט מההיסטוריה שלהם באזור, מרצונם, מהאוטונומיה שלהם, מהמרקם החברתי אותו טיפחו במשך עשורים, ומההשפעות השליליות של המעבר אל מקום אחר. כל זאת בכדי לפתח את האזור לטובת אנשים אחרים. מטרה זו אינה יכולה להיחשב לתועלת ראויה שיש לקחת אותה בחשבון. ומכל מקום היא בהכרח נופלת בהרבה מהיקף הנזקים שהפינוי יגרום לנתבעים.

83. סיכומו של דבר הוא שהחלטת הפינוי אינה חוקתית בהיותה פוגעת בזכויות חוקתיות שלא לתכלית ראויה ובצורה לא מידתית ועל כן דינה בטלות.

הנתבעים הוכיחו שהתביעה הוגשה לאחר תקופת ההתיישנות, ובשיהוי רב תוך שימוש לרעה בסמכות ובחוסר צדק מוחלט ועל כן דינה להידחות על סף. לגופו של עניין, הנתבעים הוכיחו כי אינם פולשים לקרקע אלא בני רשות לא הדירה בה וכי החלטת הפינוי שלהם סותרת את דיני המקרקעין, את המשפט המינהלי ואת המשפט החוקתי.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט מתבקש לדחות את התביעה - הן על הסף והן לגופה - ולחייב את התובעת בהוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.

פאדי ח'ורי, עו"ד
ב"כ הנתבעים

מאיסאנה מוראני, עו"ד
ב"כ הנתבעים