

חלק ראשון - כותרת

1. פאטמה אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-16715)
2. סכות אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-16725)
3. גמיעה אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-16974)
4. עטיה אבו סולב ואח' (ת"א 19-05-14007)
5. חמאד אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-17082)
6. עטיה אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-17102)
7. סלימן אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-17230)
8. חליל אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-17315)
9. חסיין אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-18039)
10. חמאדה אלהואשלה ואח' (ת"א 19-05-18185)

כתובתם: כפר לא מוכר - במקרקעין נשוא התביעה; יצירת קשר: באמצעות ב"כ (0507456580).

כולם ע"י עוה"ד מאיסאנה מוראני (מ.ר. 69776) ו/או סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ו/או נארימאן שחאדה - זועבי ו/או עדי מנסור ו/או סלאם ארשיד והדיל אבו סאלח אח' **מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל**
רחוב יפו 94, ת"ד 54, חיפה 3100001;
טל': 04-9501610; פקס: 04-9503140; דוא"ל: adalah@adalah.org
ליצירת קשר ישיר: טל' נייד: 0507456580; דוא"ל: myssana@adalah.org

המעוררים

נ ג ד

1. רשות מקרקעי ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה (אזרחי) דרום
בניין קרבו, קרן היסוד 4 (קומה 8), באר שבע
טל': 073-3922400; פקס: 02-6467058; דוא"ל: Maz_EZ_BSH@justice.gov.il

המשיבה

כתב ערעור

(הגשה חוזרת לאחר דחייה מהמרשם אסמכתא 18989254)

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט השלום בבאר שבע (כבוד השופט מנחם שח"ק) שניתן ביום 24.7.2023 במסגרת התיקים הבאים שנידונו במאוחד: ת"א 19-05-16715, ת"א 19-05-18039, ת"א 19-05-17315, ת"א 19-05-17230, ת"א 19-05-17102, ת"א 19-05-17082, ת"א 19-05-17004, ת"א 19-05-16974, ת"א 19-05-18185.

מועד המצאת ההחלטה: 25.7.2023 ; **מועד הגשה אחרון:** 7.1.2024 (חלף שבת 6.1.2024).
המוותב המוסמך: הרכב של שלושה שופטים (ס' 37(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984).
סכום אגרת בימ"ש: 1503 ₪ (פריט 16 לתוספת בתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007).
הליכים נוספים: לא ידוע על הליכים נוספים המתקיימים בשל אותה מסכת עובדתית.
סכום הערובה: 20,000 ₪ לפי פריט 32 בתוספת השלישית לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (מוגשת בקשה לדחיית מועד להפקדה/הגשת בקשה לפטור).

מצורפים **בקבצים נפרדים:** (1) בקשה להגדלת מספר העמודים של הערעור; (2) יפויי כח; (3) מוצגים.

1. ענייננו בפסק דין המקבל את תביעת רשות מקרקעי ישראל לסילוק יד ופינוי המערערים, התושבים הבדואים של הכפר ראס ג'ראבה (להלן: "הכפר" או "ראס ג'ראבה") אשר יושבים בקרקע של כפר זה לפחות מזה 45 שנה, וזאת בכדי לשכן במקומם אוכלוסייה אחרת, יהודית, במסגרת הרחבת העיר דימונה על חורבות הכפר.
2. על אף שלפי פסק הדין, הכפר קיים ומתפתח מזה כ- 45 שנים, פסק הדין קבע כי 500 תושביו אינם ברי רשות, והוא הורה על פינויים הכמעט מיידי (עד מרץ 2024) ואף קבע כי הם אינם זכאים לכל פיצוי כי הם לא שינו את מצבם לרעה משך כל השנים שחלפו היות והם גרים ב"פחונים". כהרף עין, בית המשפט מורה על עקירתה של אוכלוסייה שלמה אשר מתגוררת בכפר זה במשך דורות, בנתה בו את בתיה, הקימה בו קהילה, גידלה בו את בניה ובנותיה, ובו קברה את יקריה. אולם פסק הדין מתאר אותה כאילו היא פלשה לקרקע לפני חודש.
3. ערעור זה מעלה סוגיות משפטיות וחוקתיות מובהקות. במקרה דנן, המשיבה מודה כי אין כרגע פתרון דיור זמין - מתוכנן, מאושר, ומפותח - לכל המערערים. על אף זאת פסק הדין מתיר את פינוי הכפר ומותיר את תושביו ללא קורת גג זאת על אף שהתכנון המתגבש בשטח הכפר מייעדו למגורים ובכך מאפשר לבחון חלופות של הסדרה במסגרת התכנון המתגבש והימנעות מפינוי.
4. המערערים ומשפחותיהם, הנמנים על שבטי אלהוואשלה, אבו סולב ואלנסאסרה, התגוררו 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, מקום מגוריהם הוגבל לאזור דימונה. הוכח כי הם גרו באזור זה, עיבדו את האדמות ורעו צאן במשך 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. שוב פעם מבקשים הרשויות להרחיב את העיר והפעם מבקשים הם, בשל כך, לעקור את הכפר כליל.
5. ערעור זה מעלה סוגיה משפטית עיקרית והיא האם ניתן לפנות אוכלוסייה שלמה שמתגוררת שנים ארוכות במקום מסוים אך ורק לצורך אכלוס המקום באוכלוסייה עתידית לא ידועה אחרת? האם המשפט המנהלי והחוקתי מאפשרים במקרה דנן לתובעת, רשות מקרקעי ישראל, לפנות, לגרש ולהעביר אוכלוסייה מקרקע מדינה - קרקע ציבורית - המיועדת למגורים בכדי ליישב במקומה קבוצה אחרת? האם הדבר אפשרי כאשר עסקינן באוכלוסייה הנמנית על מיעוט יליד? האם חילופי אוכלוסין וסגרציה במגורים יכולים להתקבל על ידי בית המשפט כצידוק רציני לפינוי אוכלוסייה או שמא מדובר באפליה ובהעדפה לא חוקית של האינטרסים של אוכלוסייה מסוימת על פני אחרת? או במילים אחרות, האם המשפט הציבורי מאשר את זריקתה לרחוב של אוכלוסייה זו על מנת להביא אוכלוסייה אחרת במקומה?
6. ועוד אבסורד משפטי שעולה מפסק הדין נשוא הערעור דנן הינה היפוך היוצרות ביחס לקרקע ציבורית. שכן, דווקא בגלל שמדובר בקרקע מדינה פסק הדין היה חייב להקפיד על בחינת החלטת הפינוי לאור עקרונות המשפט הציבורי. לעומת זאת, קביעת בית המשפט משמעה כי "המדינה נתנה והמדינה לוקחת בחזרה". נורמה זו אולי יפה בהקשר של המשפט הפרטי ועל הקניין של אדם פרטי, וגם אז לא תמיד, אך היא לא רלוונטית כאשר עסקינן במדינה המחויבת לפעול בהתאם לעקרונות המשפט המינהלי והחוקתי יחדיו. דהיינו, פסק הדין משעה את תחולת המשפט החוקתי והמנהלי על המשיבה ומתייחס אליה כאל אדם פרטי.
7. על המדינה, כרשות ציבורית, להצדיק את מהלכיה ולהוכיח שהיא מוסמכת לפנות וליישב במקומו אוכלוסייה אחרת - דהיינו, לעשות חילוף אוכלוסין - על פי חוק ברור ומפורש, ולתכלית ראויה (כאשר חילופי אוכלוסין לא תתקבל לתכלית ראויה כי יש בה העדפת אוכלוסייה על פני האחרת) וכי המהלך מידי.

8. לכן פסק הדין של בימ"ש קמא נופל בתחום האיסורים החוקתיים. הוא קובע כי ניתן לפנות תושבים בדואים אשר מתגוררים על קרקעותיהם ההיסטוריות, ברשות המדינה, מזה יותר מ-40 שנים, בכדי להקים שכונה חדשה ולשכן במקומם אוכלוסייה אחרת. פסק הדין בעצם מאשר את העקרון "בדואים יגורו עם בדואים ביישובים בדואים". תוצאה זו נופלת בתחום הסגרגרציה האסורה ובבחינת אישור לעקרון השלילי "נפרד אך לא שווה" (ראו: ראו: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל; איל בנבנישתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים עיוני משפט כא 769).
9. הבלבול בין תחולת המשפט האזרחי ולבין תחולת המשפט הציבורי בפסק הדין הנדון הינה מובהקת והיא עוברת כחוט השני בכל הנימוקים של פסק הדין אשר מתעלם מהעובדה כי מדובר במערכת יחסים לא סימטרית בין המדינה לבין הפרט ועל כן היא צריכה להיבחן לפי עקרונות המשפט המינהלי והמשפט החוקתי.
10. המערערים יטענו כי טעה בימ"ש קמא (1) בקובעו שהמערערים אינם ברי רשות; (2) ושהרשות הינה הדירה וניתנת לביטול; (3) ועת לא בחן את החלטת המשיבה לבטל את הרשות לפי עקרונות המשפט החוקתי; (4) ועת קבע כי הטיעונים של המערערים מהווים תקיפה עקיפה שאינה מותרת; (5) וכי המשיבה אינה מוסמכת לבחון את שילובם של המערערים בתכנון של דימונה; (6) ואף כאשר קבע שאין פגיעה בזכויות החוקתיות של המערערים וכי בכל מקרה הפגיעה הינה מידתית. **טעויות אלה מחייבות את התערבותה של ערכאת הערעור.**

ב. הסעד שניתן:

11. צו לפינוי וסילוק יד מהמקרקעין.

ג. עיקרי ההחלטה עליה מערערים:

12. במישור העובדתי, בית המשפט קמא קבע בפס' 36 לפסק הדין כי: (א) המערערים ו/או בני משפחותיהם התגוררו במרחב דימונה במשך שנים רבות; (2) במהלך תקופה זו, המערערים ומשפחותיהם נדדו מספר פעמים; (ג) ראיה ראשונה להתיישבות במקרקעין הנוכחיים קיימת משנת 1978, ומסתבר כי המערערים ו/או בני משפחתם הגיעו למקום (באופן מוגבל) במועד זה, או בסמוך לפינוי; (ד) אין ראיה שהמערערים קיבלו הרשאה כדין לשבת במקרקעין.
13. במישור הקנייני, בית המשפט קבע כי המשיבה הינה בעלת המקרקעין נשוא התביעה וכי לא עלה בידי המערערים להוכיח כי הם בעלי רשות, חוזית או מכללא, במקרקעין. כמו כן, בית המשפט קמא דחה את טענת ההתיישנות (הדיונית) ואת טענת השיהוי. וכן, בית המשפט קבע כי העלאת טיעונים תכנוניים במסגרת הליך זה מהווה תקיפה עקיפה שיש לבצעה בהליך מתאים אחר.
14. לעניין הפגיעה בזכויות חוקתיות, קבע בית המשפט שאין פגיעה בזכויות החוקתיות לקניין, כבוד האדם, הזכות לקורת גג, והשוויון וכי בכל מקרה הפגיעה הינה לתכלית ראויה ומידתית. כמו כן, קבע בית המשפט כי לא נפלו בהחלטה לפנות את המערערים מכפרם פגמים מנהליים.
15. בשורה התחתונה, פסק דין קיבל את התביעה של המשיבה לסילוק יד של המערערים מהמקרקעין אליהן מתייחסות התביעות וזאת עד ליום 1.3.2024, ונתן צו האוסר עליהם להיכנס למקרקעין או לעשות בהם שימוש וכן קבע כי עליהם לשאת בהוצאות התובעת על סך 1000 ₪ וכן שכ"ט עו"ד על סך 11,700 ₪ בכל אחת מעשרת התביעות.

ד. סיכום הטענות ונימוקי ההתנגדות להחלטה

1. טיעונים במישור העובדתי

16. בית משפט קמא קבע כי "ראייה ראשונה להתיישבות במקרקעין הנוכחיים קיימת משנת 1978, ומסתבר כי הנתבעים ו/או בני משפחתם הגיעו למקום (באופן מוגבל) במועד זה, או סמוך לפניו", דבר שמשכלל רשות כפי שייטען בהמשך. יחד עם זאת יטענו המערערים כי טעה בימ"ש עת קבע כי על אף קיומה של התיישבות ארוכת שנים במרחב הגיאוגרפי של המקרקעין, במאזן ההסתברויות לא הייתה התיישבות בשטח המקרקעין נשוא התביעה קודם לשנת 1978 וכי החזקה של המערערים במקרקעין עד אז לא הייתה רציפה (פס' 22 לפס"ד).
17. טעה בימ"ש עת הגביל את הדיון לשטח שהיה תפוס בפועל בעת הגשת התביעה (פס' 38). קביעה זו אינה מחויבת בדין. ראשית כל, המשיבה עצמה ציינה בכתב התביעה את המקרקעין נשוא התביעה, תוך התייחסות לגוש וחלקה. אומנם מדובר במדד שרירותי שנקבע במפות ואין לו לרוב ביטוי בשטח, עדיין זה מלמד כי גם המשיבה והתביעה לא הגבילו את עצמן לנקודות הציון הספציפיות של איפה הבתים נמצאים בעת הגשת התביעה. שנית, מגורים של עשרות שנים בשטח טבעי (לא מתוכנן) בבנייה קלה תביא, מטבע הדברים, לכך שתהיה תזוזה בשטח והאנשים לא יישארו באותה נקודת ציון בדיוק במשך 50 שנים משיקולים שונים, כגון בטיחות, שאינם קשורים בהכרח לנדידה. כך למשל משפחות גדולות ומתרחבות עם השנים ומה שהחל כבית אחד יהפוך עם השנים לעשרה. אין ללמוד מקיומה של תזוזה והתרחבות בשטח שלא מדובר בחזקה רציפה.
18. באם נאמץ רציונאל זה, הרי תביעת הפינוי עצמה, ובעקבותיה גם פסק הדין, חלים אך ורק על השטח שבו נמצאים הבתים כיום ולא על השטח שביניהם או השטח שלידם. כלומר, אם אדם כלשהו יפרק את ביתו שמתייחסת אליו התביעה ויעבירו אותו 100 מ' הצידה, לא יהיה בכך ביזיון של בית המשפט. באם אין זו המסקנה המבוקשת, הרי אי אפשר לדרוש מהמערערים להוכיח שהם ישבו באותן קואורדינטות בהן הם נמצאים היום, במשך עשרות שנים. המסקנה המתבקשת מכל האמור הינה כי טעה בית המשפט כי קבע כי התושבים מחזיקים בשטח אך ורק משנת 1978 וכי ההחזקה קודם לכן לא הייתה רציפה.
19. מאחר ועסקינן בחזקה של מקרקעין הרי המבחן הראוי בהקשר זה אינו להגביל את הבחינה לנקודת הציון התפוסה כיום בלבד, אלא יש לבחון את מכלול התפיסה ביחס לאזור. דהיינו, אין חובה לבחון בפניצטה את השימוש בכל נקודת ציון בנפרד אלא שיש להרחיב תפיסה זו כדי שתכלול התייחסות למרחב בכללותו כאשר המבחן הרצוי נוגע לבלעדיות של החזקה. על כן, המערערים יטענו כי טעה בית המשפט קמא עת בחן את תצלומי האוויר מתוך נקודת מבט מצמצמת הבוחנת את השטחים התפוסים כיום ומבטלת כל עדות לנוכחות המערערים בשטח בטענה שנוכחות בשטח צמוד או קרוב לזה התפוס היום, אין לה משמעות משפטית.

2. טיעוני הסף - שיהוי

20. המערערים יטענו כי טעה בית המשפט קמא עת דחה את טענת השיהוי. מבחינת הדין המהותי, בית המשפט קבע כי מאחר וחוק המקרקעין הפקיע את תחולת חוק ההתיישנות על מקרקעין מוסדרים וצמצם את תחולתו על מקרקעי ציבור, הרי אין לאפשר השגת אותה תוצאה, בדלת האחורית, על ידי החלת השיהוי (פס' 80). המערערים יטענו כי נימוק זה של בית המשפט בטעות יסודו.
21. ס' 27 לחוק ההתיישנות קובע כי אין חוק זה "בא לפגוע בכל סמכות לפי כל דין, לדחות תובעה או לסרב למתן סעד מחמת שיהוי". דהיינו, החוק עצמו קובע בצורה מפורשת כי דיני ההתיישנות ודיני השיהוי דרים בכפיפה אחת (ראו: ע"א 485/90 **מזאריב נ' מזאריב** (פורסם במאגרים, 31.12.1990)). על כן, המסקנה כי אין להחיל את השיהוי בכדי לא לאיין את ההתיישנות, נוגדת בצורה מפורשת את הוראות החוק. עמדה זו הובעה בצורה ברורה בע"א 6805/99 **תלמוד תורה הכללית והישיבה הגדול עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה**,

- ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003) (להלן: "עניין תלמוד תורה הכללית"), אליו מפנה בית משפט קמא, בו נקבע כי "טענת השיהוי... מעצם טבעה היא מבקשת להתערב ולשנות תקופת ההתיישנות שנקבעה בדיון, על דרך קיצורה [...] קבלתה מרחיבה את מניעת הגישה של בעל-דיון לערכאות מעבר למה שהציבו כללי ההתיישנות..." (פס' 13) (ראו גם: יהושע ויסמן "ההתיישנות ושיהוי (Laches) - הילכו שניהם יחדיו? ספר טירקל 465, 471 (2020)).
22. המערערים יטענו עוד כי טעה בית המשפט קמא עת קבע לגופו של עניין כי לא הוכחה טענת השיהוי (פס' 81). הלכה פסוקה היא ששיהוי בהליכים אזרחיים נוצר באחד משלושת המקרים הבאים: (1) התובע זנח את זכות התביעה; (2) במשך הזמן הנתבע שינה את מצבו לרעה; (3) השיהוי נגרם עקב חוסר תום לבו של התובע.
23. בניגוד לקביעת בימ"ש קמא, המשיבה זנחה את זכותה במקרקעין מאחר ובמשך שנים ידעה על ישיבתם של המערערים בשטח ולא נקטה במהלך כלשהו. במצב דברים זה אין ספק כי המשיבה ידעה על הימצאותם של המערערים בקרקע, לא הגישה תביעה לפינויים, ובמשך עשרות שנים לא עשתה מאומה כדי לאכוף זכות זו. אין ספק כי התנהלות זו מהווה ויתור על זכויות ומקימה שיהוי.
24. טעה בית המשפט קמא עת קבע כי לא הוכח כי המערערים שינו את מצבם לרעה מאחר והם גרים במבני פח ולא הוכיחו השקעה משמעותית במקרקעין. מסקנה זו היא בעייתית ביותר. שכן ממנה משתמע כי ההגנה מכח שינוי מצב לרעה הינה נחלתם של העשירים בלבד ואילו עניים אשר גרים בפחונים לעולם אינם משנים את מצבם לרעה והשקעתם בקרקע ובקהילה שבנו אינה נחשבת, למרות שלרוב מדובר בהשקעה הרבה יותר משמעותית ביחס ליכולות שלהם. המערערים חולקים על מסקנה זו וטוענים כי מזה עשרות שנים הם מתגוררים בכפר, הם בנו, במיטב כספם, את בתיהם, עסקיהם, מכלאות לצאן, ופרשו ותחזקו תשתיות חשמל סולארי ומים ופילסו דרכים על חשבונם, וכן הקימו משפחות, גידלו ילדים ובנו קהילה. המערערים יטענו כי אין ספק שבשל התנהלות המדינה הם שינו את מצבם לרעה.
25. מעבר לאמור, המערערים יטענו כי השתהות המשיבה בהגשת תביעת הפינוי, כאשר ידעה על שהותם במשך עשרות שנים עולה לכדי חוסר תום לב, שימוש לא נאות וניצול לרעה של ההליך השיפוטי. יודגש כי דרישת תום הלב מרשות מנהלית דוגמת המשיבה הינה רחבה בהרבה מזו הדרושה מאדם פרטי (ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28 (200)).
26. טעה בית המשפט עת דחה את טענת המערערים בדבר נזק ראייתי בשל השיהוי בהגשת התביעה (פס' 82 לפס"ד). הפסיקה הכירה במקרים רבים בכך שהשתהות בהגשת תביעה, גם אם אינה עולה כדי שיהוי ממש, יכולה לגרום לנתבע נזק ראייתי בין אם על ידי קושי לאתר מסמכים או להביא עדויות שיתמכו בגרסה שלו. משכך, הכירה הפסיקה בכך כי במקרים אלה "יוכבד הנטל הראייתי המוטל על התובע בשל הפגיעה שפגע בראיות הנתבע [...] כמו כן, יתכנו מקרים שבהם נטל ההוכחה לעניין טענת הגנה שמעלה הנתבע יועבר מן הנתבע לתובע" (ההדגשות במקור) (ישראל גלעד התיישנות בדיון האזרחי 487-488 (2022)). לעניין זה ראו גם: רע"א 4936/20 עזבון המנוח מוחמד מחמוד סומרין ז"ל נ' הימנותא בע"מ, עמ' 40 (פורסם במאגרים, 03.04.2023); ע"א 5110/05 מינהל מקרקעי ישראל נ' שטיינברג, פס' 6-7 (פורסם במאגרים, 18.1.2007); רע"א 901/07 הוועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82, 155-156 (2010).
27. טעה בית המשפט קמא עת דחה את הטענה כי נגרם למערערים נזק ראייתי וכי לא העביר את נטל ההוכחה לכתפי המשיבה. שכן, אין ביכולת המערערים "להביא ראייה ספציפית שעדות של תושבים אחרים שהלכו לעולמם הייתה יכולה לשפוך אור אחר על התיישבותם" (פס' 81). דרישה זו אינה אפשרית, שכן, מאחר ואנשים אלה נפטרו, אין למערערים שום אפשרות לדעת מה המידע שהיה בידם ומה התרומה שלו. זאת ועוד, אין בעובדה כי שתיים מהמצהירות המבוגרות לא נתנו עדות בבית המשפט כדי להעלות או להוריד לעניין זה. מדובר בשתי נשים מבוגרות מאוד וחולות אשר הבאתם לבית המשפט לעדות לא התאפשרה ובה העת התצהיר שלהן לא כלל

פרטים מיוחדים שלא עלו בתצהירים אחרים, דבר אשר עולה בקנה אחד גם עם המבנה הפטריארכלי של החברה הבדואית בו מפגשים עם הרשויות היו נחלתם הבלעדית של הגברים בשבט. יפה לענייננו קביעותיה של השופטת ברק ארז בעניין **סומרין** שעסק בתביעה לפנות תושבים פלסטינים בשיח' ג'ראח מנכס שהתגוררו בו במשך עשורים, ואשר הבהירה בו כי "גם אם ישנה אי-בהירות ראייתית מסוימת באשר לטיבו המדויק של הרישיון, במצב הדברים שנוצר יש מקום לתת משקל לקושי הדיוני הניצב כעת בפי המערערים להוכיח את טענותיהם בנושא, ואין לזקוף אותו לחובתם" (רע"א 4936/20 **עזבון המנוח מוחמד מחמוד סומרין ז"ל נ' הימנותא בע"מ**).

3. טיעונים במישור הקנייני

3.1. טעה בית המשפט קמא עת קבע כי המערערים אינם ברי רשות מכח רשות מכללא

28. טעה בית המשפט קמא עת קבע כי לא עלה בידי המערערים להוכיח שניתנה להם רשות מכללא במקרקעין. בעוד בית המשפט קבע כי המערערים מחזיקים בשטח למצער מאז 1978 - דהיינו במשך ארבעה עשורים לפחות - הוא קבע כי המידע אודות מקום מגוריהם של המערערים לא היה בהכרח מצוי בידי רשות מקרקעי ישראל, גם אם היה בידי רשויות אחרות, ועל כן לא ניתן לקבוע שהיא בחרה בודעין שלא לפעול נגד התפיסה.

29. קביעה זו של בית המשפט עומדת בסתירה לטענת המשיבה עצמה כי היא הגישה נגד המערערים, עוד בשנת 1992, תביעת פינוי. אמנם בית משפט קמא דחה טענה זו היות ולא הוכח קיומו של הליך מעין זה, אך עדיין מדובר בהודאה של המשיבה כי היא ידעה על הנוכחות של המערערים בשטח, לפחות משנת 1992. דהיינו לפני למעלה מ-30 שנים.

30. יתירה מכך, הקביעה של פסק הדין שצריך להוכיח כי המידע היה בידי המשיבה דווקא, גם אם אין חולקים שהוא היה בידי רשויות מדינה אחרות הינה מוקשית. ראשית, המשיבה עצמה לא טענה באף שלב כי לא ידעה על הימצאותם בשטח, אלא להפך. שנית, לא יעלה על הדעת כי זרוע ימין של המדינה אינה יודעת את אשר עושה זרוע שמאל ואילו הפרט, חייב לדעת לזהות מהי חלוקת הסמכויות בין רשויות המדינה ומיהי הרשות המוסמכת ומה ידוע לה ומה לא.

31. טעה בית המשפט קמא עת קבע כי המקרה שלפנינו אינו עולה לכדי "מקרה חריג ונדיר" שיש בו כדי להצדיק קביעת רשות מכללא במקרקעי ציבור (פס' 52 לפס"ד). שכן, לאורך כל תקופת התיישבותם של המערערים מלפני כ-40 שנה לפחות, המשיבה נמנעה מלנקוט בהליכים לפינוי שלהם. תקופה ארוכה זו, בשילוב מתן שירותים של ידי הרשויות (כפי שמראים המסמכים שצורפו לתצהיר של מוחמד אלהואשלה), יצרו מצג לפיו המדינה השלימה עם ההחזקה שלהם במקרקעין ואינה מעוניינת לפנות אותם. המערערים יטענו כי מצב דברים זה, בשילוב ההיתכנות התכנונית, עולה לכדי קיומו של רישיון מכללא, למצער מאז שנת 1992, עת גם המשיבה עצמה מעידה שידעה על ישיבתם בשטח (השוו: ת"א (מחוזי חי') 42185-03-16 **חסירמי נ' רשות מקרקעי ישראל** (פורסם במאגרים, 25.03.2022)). מדובר במערערים הנמנים על החברה הבדואית ואשר התגוררו בשטח עוד בטרם הקמתה של העיר דימונה ואשר התגוררו לצידה של דימונה, כאשר זו מהווה את המרכז האורבני של החיים שלהם, מזה עשרות רבות של שנים.

32. לכן, טעה בימ"ש עת קבע כי אין שיקולי צדק אשר מצדיקים קביעה שהמערערים הינם ברי רשות במקרקעין על אף היותם מקרקעי ציבור (פס' 52). יפים לענייניו הדברים הבאים מתוך דו"ח ועדת גולדברג: "אין להתעלם מניודם הכפוי של חלק מהם [הבדוים] לאזור הסייג לאחר הקמת המדינה, ולאחיותו רבת השנים של חלקם האחר בקרקעות שבאזור הסייג. לא ניתן לומר על 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" (דו"ח הוועדה להסדרת התיישבות הבדואים בנגב בראשות השופט גולדברג, פס' 71 (2007)).

33. המקרה של המערערים מאוד תואם את הפסיקה שציינה כי המקרים החריגים בהם מוכרת רשות מכללא כוללים "החזקה במקרקעין ללא רשות מפורשת נמשכת לתקופה של עשרות שנים במהלך רשויות המדינה היו מודעות לדבר ונמנעו מלנקוט 'צעדים חד-משמעיים המצביעים על אי השלמה ברורה עם המשך החזקה' של גורם אחר במקרקעין" (ע"א 8761/17 מדינת ישראל נ' מפעלי תחנות בע"מ (פורסם במאגרים, 11.12.2019)). דברים אלה יפים שבעתיים במקרה שלפנינו. בניגוד לקביעת בימ"ש קמא, "מחדל זה של המשיבה הוביל מצידם לציפייה והסתמכות שיתירו להם להישאר במקרקעין".

3.2. טעה בית המשפט עת קבע כי הרשות הדירה וכי היא בוטלה

34. טעה בית המשפט קמא משקבע כי הרשות הדירה וכי היא בוטלה על ידי משלוח מכתבי התראה והגשת תביעות הפיננסי הנדונות (פס' 55). הלכה פסוקה היא כי לא ניתן לבטל רישיון "כהרף עין" (ע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343 (1991)). שכן "גם אם לא שולמה תמורה עבור מתן הרשות [...] אין ללמוד מכך שהרשות ניתנת לביטול בכל מקרה ועל אתר. כל רשות ורשות ותנאי ביטולה ואלו תלויים בנסיבות המיוחדות של כל אחת מהן" (ע"א 515/76 לוי נ' ויימן, פ"ד לא(2) 127 (1977)).

35. ההלכה קובעת כי בכל מקרה יש להכפיף את ביטולו של רישיון במקרקעין לעקרונות של צדק (ע"א 6757/13 נחום נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 19.08.2015)) ועל בית המשפט במקרה זה לבחון "אם יהיה זה מן הצדק לאפשר לבעל המקרקעין לבטל את הרישיון ואם יש מקום להתנות את הביטול בתנאים" (רע"א 2701/95 כנעאן נ' גזאוי, פ"ד נג(3) 151 (1999)) כאשר לבית המשפט מגוון רחב של סעדים "החל מהתניית ביטול הרישיון בתשלום פיצוי כספי בעבור השבחת המקרקעין וכלה בקביעה כי הרשות בלתי-הדירה ואינה ניתנת לביטול" (עניין נחום, ההדגשות נוספו).

36. המערערים יטענו כי מאחר ועסקינן בהחלטה מנהלית לביטול רישיון במקרקעין על ידי רשות ציבורית, חובה לבחון אותה לפי הכללים לביטול רישיון, אשר מחייבים בחינה של שיקולי הצדק לרבות תחולת עקרונות המשפט המנהלי, אשר מטילים על הרשות המנהלית, בין היתר, חובת הגינות ותום לב מוגברים (ראו: בג"ץ 840/97 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 746-745 (2003); בג"ץ 164/97 קונטראם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998)) וכן המשפט החוקתי.

37. פסק הדין של בימ"ש קמא מבלבל בין תחולת המשפט הפרטי האזרחי לבין תחולת המשפט הציבורי. לכן טעה בית המשפט עת קבע כי הנטל להוכיח שיש הצדקה לדחות את תביעת הפיננסי ולהתיר למערערים להמשיך ולהחזיק במקרקעין הינו על כתפי המערערים תוך הפנייה לע"א 127/77 קפח נ' לוי, פ"ד לא(3) 455, 464 (1977) (פס' 10). בית המשפט קמא מפנה לפסק דין אזרחי הדין ביחסים בין פרטים ואולם ענייננו נוגע ליחסים בין הפרט/האזרח לרשות המנהלית/המדינה. המשיבה הינה רשות ציבורית ועל כן גם ההחלטה לפנות את התושבים הינה החלטה מנהלית אשר כפופה לעקרונות היסוד ולשיקולים של המשפט הציבורי. זהו ההבדל העצום בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי.

38. לפיכך, השאלה שיש לבחון היא באם היא זה הוגן וצודק לבטל רישיון ולאשר את פיננסיים של המערערים ממקום מושבם מזה 45 שנים לפחות - בכדי להקים שכונה ולשכן בה אוכלוסייה אחרת (ובמקרה זה לרוב אזרחים יהודים במקום בדואים)? המערערים יטענו כי החלטה זו עומדת בניגוד לחובת ההגינות המוטלת על המשיבה, וזאת ממספר נימוקים.

39. ראשית, עצם ההחלטה להעביר את המערערים 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 השכונה החדשה דימונה, מהווה פעולה שלא בתום לב. שכן, "שכונת רותם", בגינה מבקשת התובעת לפנות את המערערים, אינה אלא רעיון תכנוני כך שבעת מתן פסק הדין טרם הופקדה התוכנית. דהיינו, בנקודת זמן זו, אין אינטרס ציבורי אשר מצדיק את הפינוי של המערערים. יפים לעניינו דבריו של בימ"ש בעניין אלנסאסרה אשר עסק בביטול צווי הריסה לכפר שלם עת קבע כי "על מנת לעקור 350 איש מבתיהם ולהפוך אותם לחסרי בית, על האינטרס הציבורי להיות ממשי וחזק" (עפ"א (מחוזי ב"ש) 62341-01-12 מדינת ישראל נ' אלנסאסרה (פורסם במאגרים, 28.4.2014)). שלישית, מכל מקום, התוכנית של השכונה אינה סופית עד שמוסד התכנון דן בהתנגדויות לתוכנית ומחליט לאשרה, לערוך בה שינויים או לדחותה, כולל אפשרות שילוב תושבי ראס ג'ראבה בתכנון המתחם.

40. רביעית, הגשת תביעת הפינוי בעת הזו מאיינת את האפשרות של המערערים להשפיע על הליך התכנון באמצעות התנגדויות לאחר הליך ההפקדה. שכן, באם תתקבל התביעה ויפוגו המערערים 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, וכך גם אם הוועדה תהיה מוכנה להסדיר את המגורים שלהם הדבר לא יתאפשר. משמעות הדבר הינה שבפועל המשיבה שמה את המערערים בפני שוקת שבורה כאשר בנקודת זמן זו אין למערערים איך להשפיע על התכנון האמור. התנהלות זו אינה הוגנת. שכן, האזרח נפגע בשל ריבוי הקולות והזרועות. התנהלות זו עולה לכדי שימוש לרעה בהליכי בית משפט. על כן, טעה בימ"ש קמא עת לא הפעיל את סמכותו לפי תקנה 42 לתקסד"א והורה על מחיקת התביעה.

41. המערערים יטעו כי הצדק מחייב לתת פרשנות מצמצמת לאפשרויות ביטול הרישיון במקרה דנן, על מנת להעניק הגנה ראויה מפני הפגיעה החמורה של הפינוי בזכויות היסוד החוקתיות של המערערים וכי טעה בית מהשפט עת לא קבע כך.

3.3. טעה בית המשפט עת קבע כי לא מגיע למערערים פיצוי

42. טעה בית המשפט עת קבע שאין המערערים זכאים לפיצוי בגין הפינוי (פס' 57) וכי פיצוי זה יכול להיות אך ורק פיצוי כספי. ראשית כל, סוגייה זו לא עלתה במסגרת הדיון בתיק ולא ניתנה למערערים הזדמנות לטעון לגביה. שנית, הסמכות לקבוע מהו הסעד הראוי בגין ביטול הרישיון הינה של בית המשפט. שהרי "מאחר שהרעיון העומד מאחורי כלל המניעות הוא לספק פתרון ראוי וצודק בנסיבות המקרה, נדרשת גמישות בהפעלת הכלל. לשם כך ניתן לבית-המשפט שיקול דעת רחב בקביעת הסעד הראוי בנסיבות המקרה הקונקרטי, והמונחה על-פי שיקולים של צדק" (נינה זלצמן רישיון במקרקעין הפרקליט מב 24 (1994)). בימ"ש אינו מחויב לסעד מסוים והוא רשאי לבחור את הסעד המתאים ממגוון של סעדים החל מהטלת חיוב כספי על בעל המקרקעין ועד לחיובו להקנות לבר הרשות זכות במקרקעין. מאחר וסעד זה מבוסס על שיקולים של צדק, הרי שהוא צריך "להיות פרופורציונלי לסבל שנגרם לפלוני כתוצאה מהסתמכותו על ההבטחה או המצג של בעל המקרקעין וזאת באופן שיספק את המידה המינימלית הדרושה לשם עשיית צדק" (בע"מ 7057/16 פלונית נ' פלונית (20.09.2016)).

43. יודגש כי המשיבה עצמה מכירה בזכותם של המערערים לקבל פיצוי ועל כן היא הציעה להם מגרשים בקסר אלסר. משכך, לא ברור מה הנימוק שלא להציע להם פיצוי אחר בדמות מגרשים בדימונה ובאותו מיקום בו הם נמצאים או בסמוך לו? כך לא יצטרכו המערערים לעקור את חייהם, פיזית, חברתית וכלכלית ולהרוס את זיקתם למקום. השופטת ברק ארז קבעה בעניין אבו אלקיעאן כי על המדינה לשקול חלופות נוספות למתן פיצוי לתושבים שאין הם מוגבלים לקבלת מגרש ביישוב בדואי (חורה באותו מקרה). השופטת הציעה למדינה לבחון מחדש את הפיצוי המוצע לתושבים ולהציע למעוניינים בכך גם פיצוי בדמות הטבות לרכישת מקרקעין ביישוב חירן. אומנם ברק ארז הייתה במיעוט בפסק הדין אך שופטי הרוב הצטרפו להמלצה זו (רע"א 3094/11 אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 5.5.2015)).

44. לכן, טעה בית המשפט עת קבע כי ביטול הרישיון במקרקעין אינו מזכה אותם בפיצוי בדמות שילובם בשכונה החדשה, בין אם על ידי הקצאת מגרשים או בכל צורה אחרת.

45. טעה בית המשפט עת אישר את הפינוי כאשר, גם לגישת עדי התביעה עצמם, אין כרגע פתרון דיור זמין - מתוכנן, מאושר, ומפותח - לכל המערערים. התוצאה של כך היא השארת 500 תושבי הכפר ללא קורת גג.

4. טעה בימ"ש עת קבע כי תביעת הפינוי אינה הפורום המתאים לדון בטיעונים תכנוניים

46. טעה בית המשפט קמא עת קבע כי הטיעונים שהמערערים מעלים הינם במישור התכנוני וכי תקיפה זו שלהם הינה תקיפה עקיפה שאין מקומה בהליך זה (פסי' 83-97).

4.1. תביעות הפינוי הן הפורום המתאים לבחינת טיעוני המערערים

47. הליך הפינוי הינו ההליך היחיד בו ניתן לתקוף את ההחלטה לבטל את הרישיון של המערערים ולפנות אותם. בית המשפט קמא הדגיש (בפסי' 90) כי בבסיס הפינוי לא עומד שיקול תכנוני, אלא שיקול קנייני הנובע מכך שבניית השכונה צריכה להיות על קרקע לא תפוסה. דהיינו, מצד אחד בית המשפט קובע כי מה שהניע את הליך הפינוי הינו התכנון לשכונה החדשה בדימונה, אך מצד שני קובע כי אין זה המקום לטעון לגבי משמעות ההקשר התכנוני הנ"ל. ואכן, מבחינה תכנונית, אין מניעה להשאיר את המערערים, את הכפר שלהם ואת הבתים שלהם בשטח זה ולשלבם בתוכנית החדשה, ולו ברמה הרעיונית. על כן, ההחלטה לבטל את הרשות שלהם ולפנותם הינה החלטה מינהלית של המשיבה ושלה בלבד! הביטוי המשפטי היחיד שיש להחלטה זו הינו הגשת תביעות פינוי אלה. על כן, אין הליך אחר המתאים להעלאת הטיעונים של המערערים כנגד ההחלטה לפנות אותם. גם אם נניח כי עם הגשת התביעה לפינוי המערערים היו פונים בעתירה לבג"ץ נגד ההחלטה, הרי שרוב הסיכויים שהעתירה הייתה נדחית בשל קיומו של סעד חלופי בדמות בירור הטענות במסגרת הליך הפינוי.

4.2. אין הליך תכנוני מפורט אשר אפשר להעלות בו טיעונים אלה בתקיפה ישירה

48. גם אם מדובר בשיקולים תכנוניים, אין בנמצא ברגע זה שום הליך תכנוני שאפשר לתקוף טיעון זה במסגרתו. שכן, בעת הדיון בתביעה, טרם קודמה תוכנית כלשהי לשכונת רותם. על כן, מבחינת היחס בין ההליך התכנוני להליך הפינוי, אנו נמצאים במצב שבו הליך הפינוי מתנהל כאשר הליך התכנון טרם החל. במצב דברים זה, בהתאם לקביעה בעניין **אבו אלקיעאן**, "יכולים בני-הרשות לטעון במתוכנת רחבה כנגד הצורך בפינויים ומנגד המדינה יכולה להציג טעמים לפינוי שאינם קשורים לתכנון עתידי". לכן, טעה בימ"ש עת קבע שהעלאת טיעונים במישור השלכות ההליך התכנוני במסגרת הליך זה מהווה תקיפה עקיפה שאין להתירה.

49. המערערים טוענים כי משהחליטה המשיבה להגיש את תביעות הפינוי בטרם מקודם הליך תכנוני של האזור, היא מנעה מהם את האפשרות להעלות טיעונים תכנוניים בפורום אחר, ועל כן חובה על בית המשפט אשר דן בהליך הפינוי, לדון גם בהצדקה העומדת בבסיס החלטת הפינוי (וביטול הרישיון במקרקעין) בצורה רחבה ביותר - שכן הרעיון התכנוני שהתקבל הוא יעוד האזור למגורים. כל קביעה אחרת תעמיד את המערערים בפני מצב אבסורדי: הפינוי כרגע נעשה בשם הליך תכנוני שטרם החל ולכן אין להם אפשרות להשפיע עליו ובבוא היום כאשר הליך תכנוני זה יחל, המערערים, באם ערעור זה יידחה, כבר יהיו מפונים מבתיהם. בצורה זו, כאשר המדינה היא זו אשר שולטת בכל ההליכים, אין אף נקודת זמן בה המערערים יכולים לאתגר את הקביעה בעניין הפינוי שלהם, ואין להשלים עם מצב דברים זה.

50. טעה בית המשפט עת קבע כי המערערים לא הוכיחו שאין הליך תכנוני חליפי במסגרתו יוכלו להציג את טענותיהם במסגרת תקיפה ישירה (פסי' 92). המומחית מטעם המערערים, אדרכ' דפנה ספרטה, ציינה בחוות

דעתה כי התוכנית של שכונת רותם הוצגה בשנת 2017 ללשכת התכנון - מושג שבעולם התכנון משמעותו שהליך התכנון הפומבי והרשמי (שמתחיל עם הדיון בהפקדת התוכנית) טרם החל. המשיבה מצידה לא סתרה עובדה זו ולא הוכיחה, ואף לא טענה, כי קיימת תוכנית (מאושרת או מופקדת) לשכונה כאמור. לכן טעה ביהמ"ש עת קבע שלא הוכח שאין אפשרות להעלות טיעונים אלה בתקיפה ישירה.

51. להשלמת התמונה יצוין כי בצירוף מקרים מעניין, מספר ימים לאחר פסק הדין של בימ"ש קמא, ביום 31.7.2023, התקיים הדיון הראשון בהפקדה של התוכנית שכונת רותם (תכנית 607-0703421 "דימונה מזרח"). בהתאם לאתר מנהל התכנון, התוכנית נתקבלה אצלם ב 19.6.2023, אושרה להפקדה בתנאים ביום 14.8.2023 ועד היום תנאים אלה טרם מולאו.

52. טעה ביהמ"ש עת קבע כי הייתה למערערים אפשרות לתקוף החלטה זו בתקיפה ישירה במסגרת הליכי אישורה של תמ"מ 23/14/4 (פס' 92). ראשית, וכפי שהוסבר בחוות הדעת של דפנה ספורטה, המומחית מטעם המערערים, הייעוד של שטח זה בתמ"מ 4/14/23 הינו "איזור לפיתוח עירוני" המאפשר להשתמש בו בין היתר למטרה של מגורים. התמ"מ אינה קובעת כי בשטח זה חובה שתקום שכונה לדימונה, היא גם לא קובעת ששכונה זו תהייה ליהודים בלבד, והיא בטח לא קובעת כי הקמת השכונה מחייבת את ההריסה של בתי המערערים ואת פינויים. להיפך, התמ"מ בעצם יוצרת אופק תכנוני המאפשר את הסדרת הכפר ראס ג'ראבה בין אם בצורה עצמאית ובין אם כחלק מדימונה. על כן, הליך אישור התמ"מ אינו הפורום המתאים לתקוף בצורה ישירה את החלטת הפינוי של התושבים. שנית, ההתנגדויות לתמ"מ התקיימו בשנת 2007 והיא אושרה בשנת 2012. במועדים אלה לא הייתה שום החלטה לפנות את המערערים על כן לא היה ניתן להעלות טיעונים בתקיפה ישירה כנגד החלטה שטרם נתקבלה, ולא הייתה שום אינדיקציה שהיא תתקבל בכלל.

4.3. טעה בימ"ש עת קבע שהמשיבה אינה מסומכת לבחון את ההיבטים התכנוניים

53. טעה בית המשפט עת אימץ את הצהרות המשיבה כי "אינה אחראית על הליכי התכנון במקרקעין, שנמצאים בתחומה של העיר דימונה, ואף אינה מוסמכת לקבל את ההחלטות שהמערערים טוענים שעליה לקבל" (פס' 96). תחילה יצוין, כי עיון בהוראות התכנית שהוגשה לשכונת דימונה מזרח (לאחר מתן פסק הדין של הערכאה קמא) מעלה בבירור כי המשיבה הינה מגישת התוכנית! מה גם קביעה זו של בית משפט קמא עומדת בסתירה להוראות ס' 61(א)(ב) לחוק התכנון והבנייה המסמיך את משיבה, הן בשל היותה רשות ממשלתית והן בשל היותה הבעלים של הקרקע, ליזום תכנון גם בתוך תחומה של דימונה.

54. זאת ועוד, המשיבה בהיותה הבעלים של המקרקעין, יכולה להחליט למי לשווק אותם ובאיזה צורה. משכך, אין ספק כי המשיבה מוסמכת לקבל החלטות הן לעניין צורת ואופי תכנון השטח והן לעניין הקצאת המקרקעין. על כן, טעה בית המשפט עת פתר את המשיבה מלבחון את טיעוני המערערים וקבע שאינה נדרשת לשקול אפשרויות שאינן כלולות במסגרת סמכותה - קביעה שבטעות יסודה.

5. טעה בית המשפט משלא בחן את החלטת הפינוי לאור עקרונות המשפט החוקתי

55. טעה בימ"ש עת קבע כי לא נפגעה הזכות החוקתית של המערערים לקניין (פס' 106). שכן, בניגוד לקביעה של בימ"ש קמא המערערים אינם פולשים אלא ברי רשות והשקעתם רבת השנים בבניית בתיהם, פיתוח תשתיות וחיי חברה וכלכלה, וכן ציפיותם והסתמכותם הלגיטימית להישאר במקרקעין באופן תמידי, כל אלה משכללות זכות קניין חוקתית הראויה להגנה. גם בהרס בתיהם של המערערים כתוצאה מהפינוי גלומה פגיעה קשה ביותר בקניין (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)).

56. טעה בית המשפט באופן קיצוני ואף פוגעני עת קבע כי הפריזו המערערים בטענת הפגיעה בזכותם לכבוד ובזכותם לקורת גג (פס' 108). שכן, פינוי בנסיבות העניין ישלול את זכותם לדיוור, ישלול כל ערך לחיי המשפחה והחברה שלהם וישלול כל ערך לאנושיותם וכן יפגע באישיותם. פינוי המערערים מכפרם נותן 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 המשיבה. פינוי כאמור ינתק את המערערים מביתם, מסביבתם ומהיסטוריה ארוכת שנים של זיקה למקום. על כן, יפגע גם באישיותם וזכות היסוד שלהם לאוטונומיה (עניין חוף עזה).

57. פינוי המערערים שנמצאים בשטח מושא התביעה דורות על גבי דורות על מנת ליישב במקומם תושבים אחרים עולה כדי ביזוי והשפלה על רקע השתייכות קבוצתית ובשל כך מהווה פגיעה בגרעין של הזכות לכבוד. במשך עשורים המערערים יושבים באזור, תוך הסכמה לפחות מכללא של המשיבה, עד כי נטעו המערערים שורשים במקום. התפיסה לפיה שום נטיעת שורשים מצד המערערים 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 לבם של הזכות לכבוד (ראו: אהרן ברק "כבוד האדם כזכרות חוקתית" הפרקליט מא 417, 430-431 (התשנ"ג-התשנ"ד)).

58. מעבר לנדרש נציין כי פינוי התושבים המקומיים לטובת אוכלוסייה עתידית אחרת (אף ללא קשר לזהותה), עומד בסתירה למגמה ארוכת שנים במדיניות הדיוור הנהוגה על ידי המשיבה מזה עשרות שנים. יפים לעניינינו דבריו של השופט גולדברג שנאמרו עוד בשנת 1995 בהקשר לחוקיות מתן עדיפות לבני היישוב בהקצאת קרקעות בו: "... בבואנו להשיב על השאלה אם מדובר בהפליה אסורה או בהבחנה מותרת, עלינו לתת את הדעת לשקל המכריע שנתנה התכנית להיבט האישי של הזכאי לשיכון. היבט זה מתבטא בזיקה שמפתח אדם למקום מגוריו, המורכבת ממכלול של קשרים משפחתיים, חברתיים, תרבותיים ולעיתים אף תעסוקתיים, לסביבה ולקהילה. זו זיקתו וכן זיקת ילדיו כלפי חברתם ובית-ספרם. התחשבות כלפי מי שקשה עליו ההתנתקות מהסביבה שבה הכה שורשים, חרף מצוקת הדיוור שבה הוא מצוי, משקפת, לדעתי, מדיניות ראויה, שיש בכוחה להצדיק את ההבחנה בין תושבי היישוב לשאר תושבי המדינה" (רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(1) 221 (1995)).

59. פגיעה זו מקבלת מימד נוסף לאור העובדה כי המשיבה מבקשת לפנות תושבים בדואים - הנמנים על קבוצה מיעוט לאומי ילידי - בכדי לשכן במקומם תושבים יהודים. מדיניות זו מהווה אפליה פסולה ופגיעה חמורה בזכות החוקתית לשוויון הקשורה בקשר הדוק בליבת בכבוד האדם. המערערים יטענו כי מדיניות זו של נפרד ושווה/לא שווה אינו חוקתית (ראו: עניין קעדאן). זאת ועוד, המערערים יטענו כי טעה בית המשפט עת קבע כי די בכך שאין מניעה למגורי הבדואים בשכונה החדשה כדי לשמוט את היסוד העובדתי מתחת לטענת הסגרגציה ולשלול פגיעה בזכות לשוויון (פס' 107). קביעה זו עומדת בסתירה לעקרונות יסוד של השוויון ולניסיון של מדינות אחרות אשר פסלו פרקטיקות שונות אשר הכוונו ותמרצו אוכלוסיות מסוימת לגור באזור מסוים ולא באזור אחר והכריזו עליהן כפרקטיקות סגרגטיביות.

60. טעה בימ"ש בקובעו כי הפינוי הינו לתכלית ראויה. שכן, המטרה של הפינוי אינה לשמור על זכות הקניין של התובעת ושל הציבור (פס' 108), אלא לעקור את התושבים הבדואים, החיים מזה עשרות שנים על קרקעותיהם ההיסטוריות וברשות מהמשיבה, בכדי להקים באותו מקום שכונת מגורים וליישב בה אזרחים אחרים - יהודים או אחרים. החלטה זו כוללת הנחה מובלעת שהמערערים, בשל זהותם, אינם יכולים להיות חלק מדימונה. המערערים יטענו כי תכלית זו אינה תכלית ראויה כלל וכלל. 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 (ראו: עניין המועצה האזורית חוף

עזה; 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).

61. טעה בית המשפט עת קבע כי הפגיעה בזכויות של המערערים הינה מידתית. לעניין הקשר הרצינאלי, המערערים יטענו כי בין פינניים לבין הרחבת העיר דימונה אין ולא כלום. שכן, כאמור לעיל המצב התכנוני אינו מחייב את הפינני שלהם ותכנון ראוי ובהתאם לעקרונות המשפט המנהלי מחייב דווקא תכנון ללא פינני ומחייב למצער לקחת האינטרסים של המערערים בחשבון. על כן, פינני המערערים לא רק שאינו מקדם את התכלית שמצדיקה בעיני התובעת את הפינני, אלא אף עומד בסתירה לתכליות האובייקטיביות והציבוריות העומדות ביסוד הליכי התכנון והבנייה והמשפט המינהלי.

62. לעניין האמצעי שפגיעתו פחותה, המערערים יטענו שאין חולקים שאפשר להשיג אותה תוצאה שהמשיבה מבקשת להשיג - הקמת שכונה חדשה בדימונה - מבלי לפנות את התושבים של ראס גיראבה וזאת על ידי הכללתם בתכנון בין אם בהתאם לצורת התיישבותם הנוכחית ובין אם בצורה אחרת. בהתאם לתוכנית המוצעת, אשר משתרעת על 10,260 דונם, יוקמו בשכונה 7373 יח"ד, כאשר קרוב ל-2188 יח"ד בצמודי קרקע. ברור לכל כי הכללת 90 המשפחות של המערערים בתוך תוכנית זו אינה מסכלת את התכנונית, אינה משנה אותה ואפילו לא מהווה "סטייה ניכרת" מהתוכנית. אלא שהמשיבה שקלה אך ורק את חלופת הפינני, חלופה אחת ויחידה, ונמנעה מלבחון חלופות אחרות שהן פחות פוגעניות ומאפשרות הן את פיתוח האזור והן את צמצום הפגיעה בזכויות המערערים.

63. לעניין הנזק אל מול התועלת, המערערים יטענו כי פינניים מתעלם מהנזקים הרבים לזכויותיהם שפורטו לעיל - 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. מכל מקום, היא בהכרח נופלת בהרבה מהיקף הנזקים שהפינני יגרום למערערים.

64. על כן, המערערים יטענו כי טעה בימ"ש עת הורה על פינניים, בהיותה החלטה לא מידתית בעליל.

65. לעניין ההוצאות, המערערים יטענו גם כי טעה בימ"ש קמא עת הטיל עליהם הוצאות, ובטח שבסכום כה גבוה, וזאת בשל אופיו ונסיבותיו של התיק. שכן מדובר בתביעת פינני של קבוצה ילידת, וענייה, אשר יושבת על מקרקעי השבט שלה ואשר כעת הם מקרקעי ציבור, בכדי ליישב במקומם אוכלוסייה אחרת. יתרה מכך טעה בימ"ש קמא עת הכפיל את סכום ההוצאות שמוטל על הנתבעים במספר התביעות שהוגשו על ידי המשיבה. שכן, מתחילת הדרך התיקים אוחדו ונוהלו במאוחד כך שבפועל הוגשו תצהירים וסיכומים מאוחדים וכן תקיים דיון הוכחות אחד, כך שמדובר בתיק אחד והכפלת ההוצאות אינה מוצדקת.

לאור כל הטיעונים שלעיל, בימ"ש הנכבד מתבקש להתערב בפסק הדין של הערכאה קמא, ולדחות את התביעה ולמנוע את פינניים של המערערים מכפרם וכן לבטל את ההוצאות שהוטלו עליהם.



מאיסאנה מוראני, עו"ד

ב"כ המערערים