

בית המשפט העליון
בג"ץ 10060/17
עטאללה מזארה, ראש נ. ראש הממשלה
תאריך הגשה: 25/12/17

בפני בית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

- בין
1. עטאללה מזארה, ראש ועד ג'בל אל באבא ת"ז 998450258
 2. סלמאן יוסף סלמאן אל עוידאת ת"ז 401351846
 3. אברהמים מוסא אבו עוידה ת"ז 853495554

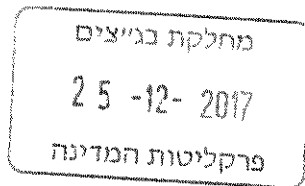
באמצעות עו"ד נטע עמר-שיף

נווה שלום

טלפקס: 02-6221011

נייד: 0528-945-228

אימייל: nowar1972@Gmail.com



העותרים

לבין 1. בנימין נתניהו, ראש הממשלה

2. אביגדור ליברמן, שר הבטחון

2. אלוף רוני נומה, מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

3. תא"ל דוד מנחם, ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל

4. אל"מ אייל טולדנו, יועמ"ש איו"ש

5. מועצת התכנון העליונה, המנהל האזרחי



באמצעות פרקליטות המדינה

רחוב צלאח א-דין 29 ירושלים

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

העתירה מבקשת להתמקד בגורלם האנושי של בני אדם הצפויים לעבור בכפיה ממקומם מעבר לפוליטיקה; בשימוש באמצעי החקיקה הצבאית ובסמכות האכיפה המינהלית במסגרתו המותרת של החוק, ובאופן סביר והוגן, המקדם את הפיתוח האנושי של האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית ונוטע תקווה במקום הרס.

עניינה של העתירה הוא המקרה השני (המקרה הראשון תלוי ועומד בבג"צ 9785/17 אלמאלח נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית) שבו מופעל צו בדבר מבנים בלתי מורשים (מס' 1539), 2003, על האוכלוסיה הפלסטינית בגדה המערבית.

העתירה דנה בפרסומה ביום 16.11.2017 של הכרזה על שטח מתוחם (ראס עזריה)(יו"ש), התשע"ח- 2017 של הכפר ג'בל אל באבא, הכולל כ - 40 אחוז אדמות המוכרות על ידי המשיבים כאדמות פלסטיניות פרטיות וכ - 60 אחוז אדמות מוכרזות כאדמות מדינה בצפון עזריה (להלן- ההכרזה). זאת, לצורך העברה בכפיה של כ - 300 תושבי הקהילה הבדואית ממקומם למקום לא ידוע תחת כיפת השמיים, כאשר כמחצית מכ- 170 ממבני הכפר כפי הנראה עלולים להיהרס ומשפחותיהם יהפכו לחסרי קורת גג ברמה המיידית החל מיום 26.12.2017.

בנוסף, המבנים המאויימים מפוזרים בכל רחבי שטח הכפר והריסתם תגרום לנזק שישפיע על כלל תושבי הכפר. על כן, בכל מקרה אין כל יעילות מבחינת מטרת ההכרזה כביכול למנוע השתלטות על אדמות ולפנות את השטח כולו, כאשר ממילא חלק ניכר של מבני הכפר ישאר תלוי ועומד. מצד שני, מדובר בנזק בלתי הפיך, שנעשה ללא הצדקה שבדין, שקשה לאמוד את היקפו והשלכותיו החברתיות-כלכליות-נפשיות על בני הכפר וילדים בפרט ועל כן הוא בלתי מידתי ובלתי חוקי.

מצ"ב העתק ההכרזה על שטח מתוחם שפורסמה ביום 16.11.2017 ומסומן ע/1

פרסום ההכרזה מהווה פגיעה אנושה בשלטון החוק, בזכויות אדם וזכויות הומניטריות על פי דיני התפיסה הלוחמתית של תושבי הקהילה שמטרתה ותוצאותיה משקפות את שני צידי המטבע של העברה בכפיה: אמצעים ישירים של העברה בכפיה מחד גיסא, על ידי "ניקוי" השטח מרכוש ומבנים שבבעלות תושבי הכפר מחד, ואמצעים עקיפים של העברה בכפיה מאידך גיסא, על ידי יצירת תנאים הכופים תת-פיתוח קרי, איסור פעולות בינוי והכנסת חומרים לצורך פעולות בינוי.

צעדים אלו מהווים:

- הפרה חמורה של האיסור המינהגי בגין העברה בכפיה של תושבים מוגנים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית בסעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה, 1949.
- החלה בלתי חוקית של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (מס' 1539)(יהודה ושומרון), 2003 (להלן-הצו) על הקהילה בג'בל אל באבא לאור תיקון מס' 4 מיום 22.11.2015 שביטל את החרגת תחולת הצו על תושבי האיזור קרי, האוכלוסיה הפלסטינית.

מצ"ב העתק הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (מס' 1539) משנת 2003 ומסומן ע/2.

מצ"ב תיקון מס' 4 לצו הנ"ל מיום 22.11.2015 ומסומן ע/3.

- הפעלת הצו על אף ובהתעלם מקיומם של הליכים משפטיים תלויים ועומדים בנוגע לבניה בלתי חוקית (בב"ח) בג'בל אל באבא בבג"צ 3536/16 ובקשה לבזיון החלטת בית המשפט שעניינה

נסיון עקיפת פסק דין בבג"צ 3063/14 כפי שיפורט בעתירה. בשני הליכים אלו נקבעו מועדים על ידי בית המשפט הנכבד למשיבים להודיע באופן מוסדר את עמדותיהם לבית המשפט הגבוה לצדק בענייני עשרות מבנים בכפר ג'בל אל באבא, בהתייחס לגורל הקהילה כולה ובהקשר של האוכלוסיה הבדואית בגדה המערבית בכלל;

מצ"ב העתק עתירה בבג"צ 3536/16 והחלטה מיום 17.10.2017 על הודעה משלימה מטעם המשיבים, שהוארכה בהחלטה מיום 20.12.2017 עד ליום 31.1.2018 ומסומנים ע/4-6 בהתאמה.

מצ"ב העתק עתירה בבג"צ 3063/14, פסק דין מיום 21.2.2017, בקשת בדיון בית המשפט שהוגשה ביום 17.8.2017 והחלטת בית המשפט מיום 20.8.2017 על תגובת המשיבים לבקשה עד ליום 3.9.2017 והחלטת בית המשפט בבקשת הארכה מטעם המשיבים על תגובת המשיבים עד ליום 24.12.2017 ומסומנים ע/7-11 בהתאמה.

- עקיפה והתעלמות מבקשת העותרים, למיצוי הליכי תכנון והסדרה במקומם, כפי שהתבקש בהשגה מיום 22.11.2017 (וטיעונים משלימים) ללא כל התייחסות לכך בהחלטת יועמ"ש איו"ש לדחות את ההשגה ביום 6.12.2017;

מצ"ב העתק ההשגה וטיעונים משלימים מיום 22.11.2017 ומסומן ע/12

מצ"ב העתק דחית ההשגה מיום 6.12.2017 ומסומן ע/13

- פגיעה בכללי יסוד של המשפט המנהלי והציבורי הישראלי.

תושבי הכפר אינם זרים שבאו מרחוק והתיישבותם אינה עניין של חסד אלא של זכות. תושבי ג'בל אל באבא כוללים בני ובנות שבע משפחות בדואיות של שבט הג'אהלין, שחלקם היו מקימים סוכות עונתיות (עיזבות) במקום עוד מלפני 1948 ומצאו את מקומם באופן קבוע כפליטים על אדמות פרטיות וחורש טבעי של הכפר עיזריה החל משנות ה-50 של המאה הקודמת בתקופה הירדנית.

מצ"ב תצ"א המתארת את המשפחות המתגוררות בג'בל אל באבא, שנערכה על ידי עמותת במקום ומסומן ע/14

התיישבותם מאז התחלתה נעשתה בהסכמת בעלי האדמות הפרטיות, השלטון המקומי והשלטון המרכזי הירדני דאז, שהחל במקום ביוזמת הליך הסדר מקרקעין שלא הושלם בשנת 1963/4.

מצ"ב העתק מכתב מאת עיריית עיזריה מיום 26.10.2017 ותרגומו לעברית ומסומן ע/15

מצ"ב אישור מס מקרקעין משנת 1995 על אדמה פרטית בג'בל אל באבא שנמסר לעותר על ידי משפחת ח'טיב ומסומן ע/16

ההתיישבות בג'בל אל באבא נמשכה באופן רציף החל מהתקופה הירדנית ולתוך התקופה הישראלית למרות שינויים במעמד הקרקע בתקופה הישראלית, כאשר במהלך כל התקופה התפתחות הכפר נעשית באותו מקום ללא תזוזה למקומות אחרים, על פי חלוקה משפחתית מסורתית על פי הנהגים ואורח החיים הבדואי, כפי שיפורט בעתירה ועל פי מחקר עמותת במקום.

מצ"ב סיכום תצלומי אוויר המתארים את התפתחותן החל משנות ה-70 (לא קיימים תצלומי אוויר לאיזור זה מתקופות קודמות יותר) של שתי משפחות לדוגמא בכפר, משפחת מזארה ומשפחת סאילה ואת המעבר בין משכן החורף למשכן הקיץ במתחם הכפר ג'בל אל באבא עצמו לדוגמא במשפחת מזארה.

מצ"ב תצ"א המתארת את התפתחות משפחת מזארה במערב ובמזרח הכפר ומסומן ע/17
מצ"ב תצ"א המתארת את התפתחות משפחת סאילה ומסומן ע/18

בכל השנים מאז הקמת הכפר ג'בל אל באבא היתה קיימת בידי המשיבים האפשרות להכיר בהתיישבות במסגרת החוק במקום להחריבה למרות הליכים קנייניים, מוניציפליים ותכנוניים שלא ראו את הקהילה הבדואית כלל ועיקר ודווקא בשל סיבה זו, קרי, למרות ההכרזה על חלק מאדמות ראס עזריה כרכוש ממשלתי (אדמות מדינה) בשנת 1982, הרחבת תחום השיפוט של מעלה אדומים בשנת 1991 אינה שוללת הכרה בקהילת ג'בל אל באבא במקומה; הרחבת תכנית המתאר של מעלה אדומים (תכנית מתאר 420/4) בשנת 1999 הקובעת את שטח הכפר ג'בל אל באבא כ"פרויקט מיוחד" ולשטח פתוח יכולה בהחלט להכיר בקהילה כחלק מפרויקט זה.

מצ"ב גבולות ההכרזה על התייחוס על רקע תכנית 420/4 שהוכנה על ידי עמותת במקום ומסומן ע/19

מכאן, שעומדת לתושבים אלו זכות רציפות התיישבותית במקומם הן בשל תחילתה טרם הכיבוש הצבאי הישראלי בשנת 1967 והן בשל התמשכותה הרציפה במשך שנים עד היום.

מעבר לכך, ללא כל סיבה נראית לעין להחרבת ישובם בהעדר תכניות מפורטות מאושרות באיזור הקהילה.

זאת, בייחוד לאור היוזמה התכנונית היא במספר הליכים. ברמה האיזורית הוגשה תכנית מתאר לעיזריה מינואר 2017 הכוללת את תושבי ג'בל אל באבא;

מצ"ב גבולות התכנית כפי שהוגשו ביום 16.1.2017 ללשכת התכנון המרכזית במנהל האזרחי וכן טיוטת תכנית שהוגשה ביום 18.5.2017 וקיבלה מספר 1634/1 וטיטה נוספת שהוגשה ביום 12.7.2017 ומסומן ע/20-22 בהתאמה

ברמה המקומית, הוכנה תכנית מתארית ראשונית המלווה בעקרונות תכנון על ידי עמותת במקום, שתושבי ג'בל אל באבא עמלו עליה בשנים האחרונות והציגוה לאחרונה למשיבים במסגרת ההשגה כנגד ההכרזה על תיחום הכפר; זאת לקראת הגשת תכנית מקומית מפורטת תוך שישה חודשים.

מצ"ב תכנית רעיונית שהיא תכנית מתארית ראשונית לג'בל אל באבא שהוכנה על ידי עמותת במקום ומסומנת ע/23 (להלן-תכנית מתארית ראשונית)

עניינה של העתירה היא חובת המשיבים להפעיל באופן אקטיבי את סמכויותיהם במישור הקנייני, מוניציפלי, תכנוני במסגרות החוקיות הקיימות, שאכן מאפשרות להם לקיים את חובתם לקיים את הכפר ולא להחריבו.

בכך, מתבקשים המשיבים להחזיר ולהבטיח את הסדר הציבורי, את התנאים והצרכים ההומניטריים הבסיסיים כולל מחסה לתושבים מוגנים ופליטים בשטח כבוש, ואת זכויות הדור הקיים ודור העתיד הצעיר לפיתוח חברתי-כלכלי למרות קיומו של כיבוש צבאי שבמסגרתו אין לתושבי הכפר כל ייצוג בגופים המנהליים מקבלי ההכרעות בתחומים הקנייני, המוניציפלי והתכנוני.

עתירה זו נסמכת על תצהירו של העותר מס' 1 וכן תצהירו של אלון כהן, מעמותת במקום, לאור התכנית הרעיונית לכפר, המחקר שערכה העמותה למיפוי אופי הבניה בכפר, ומבני הכפר המאוימים בהריסה עד 6.12.2017, כמפורט בעתירה.

על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על מתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם, כדלקמן:

- א. **מדוע לא יבוטל תיקון מס' 4** לצו בדבר מבנים בלתי מורשים (מס' 1539) מיום 22.11.2015 המחיל את הצו משנת 2003 על האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית.
- ב. **מדוע לא תבוטל ההכרזה** על שטח הכפר ג'בל אל באבא מיום 1.11.2017 שפורסמה ביום 16.11.2017 על יתד ברזל ממול לביתו של העותר, ראש הועד המקומי.
- ג. **מדוע לא יתקבלו ההשגה והטיעונים המשלימים** מיום 22.11.2017.

לחילופין:

ד. מדוע לא תוגבל תחולת ההכרזה עקרונית רק לגבי מבנים חדשים, שלא היו קיימים לפני כן, ושנבנו לאחר כניסת תחולת תיקון מס' 4 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים לתוקף ביום 22.11.2015.

ה. מדוע לא תוצג בפני העותרים לאלתר רשימת המבנים המאוימים בהריסה והחרבה עקב כניסתו לתוקף של סעיף 3 להכרזה המורה לתושבי ג'בל אל באבא להוציא את כל רכושם, כולל מבנים המצויים בתחום ההכרזה, באופן שגורם להריסתם באופן מלא או חלקי.

ו. מדוע לא יוארך המועד להגשת מסמכי זכויות במקרקעין נוספים מעבר למכתב מעיריית עיזריה מיום 26.10.2017 שצורף להשגה (ע/15) במהלך 3 החודשים הבאים.

ז. מדוע לא יעוכב ביצוע סעיף 3 להכרזה, כך שיתאפשר מיצוי ההליכים התכנוניים במסגרת הגשת הרחבת תוכנית המתאר לעיזריה שנמצאת בהליכים מתקדמים למנהל האזרחי וכוללת את קהילת ג'בל אל באבא; התכנית הרעיונית שהגישו התושבים במסגרת ההשגה והגשת תכנית מתאר מפורטת לכפר תוך 6 חודשים, וכן מיצוי זכות תושבי ג'בל אל באבא להליך הגון ופניה לערכאות במידה והליכים תכנוניים אלו ידחו?

ח. לחילופין, במידה והתוכנית לכפר ג'בל אל באבא במסגרת הליכי התכנון הנ"ל תדחה, מדוע לא יזמו המשיבים מציאת פתרון תכנוני או מינהלי ראוי מטעמים למגורי התושבים ולצרכי המחיה הנאותים שלהם בג'בל אל באבא, הכולל את מלוא זכויותיהם ההומניטריות, חברתיות כלכליות תרבותיות ואזרחיות של תושבי ההתיישבות הקהילתית, תוך ייתור העברתם בכפיה.

בקשה דחופה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו ביניים דחוף, לפיו יתבקש להורות למשיבים: א. להמנע לאלתר מביצוע סעיף 3 להכרזה הקובע חובה על הוצאת רכוש כולל מבנים, ובכך דן את מבני הקהילה להריסה ולהחרבה בכל השטח המתוחם עד להכרעה בעתירה זו.

וכן:

ב. לסייג החלת סעיף 4 להכרזה האוסר על פעולות בינוי או כניסת אדם או רכוש לתחום ההכרזה לצורך פעולות אלו, כך שתתאפשר הקמתם של מבנים ארעיים הנחוצים לצרכים בסיסיים והומניטריים בייחוד בתקופת החורף הנוכחית.

ג. לסייג החלת סעיף 4 להכרזה כך שתתאפשר בניה מחדש של מבנים בבב"ח 116-117/17, שנהרסו ביום 17.10.2017 המהווים מקום מגוריהם היחידי של בעליהם תושבי ג'בל אל באבא, וזאת, לאחר שנהרסו בניגוד להבטחה השלטונית שניתנה בעקבות הגשת טופס ההסדרה על ידי ב"כ הקודם של העותרים, למנהל האזרחי, כפי שיפורט להלן ומבלי שהדבר יהווה הסכמת העותרים 2 ו-3 בדבר בקשה לדיור חליפי פרט לג'בל אל באבא.

ואלו נימוקי הבקשה:

מבנים מאויימים באופן מיידי להריסה ולהחרבה החל מבוקר 26.12.2017

1. ביום 16.11.2017 פורסמה ההכרזה על תיחום מבני הכפר ג'בל אל באבא (ע/1) וביום 22.11.2017 הוגשה השגה כנגד ההכרזה על ידי ראש ועד הכפר ג'בל אל באבא בשם תושבי הכפר (ע/12). ביום 6.12.2017 נדחתה ההשגה (ע/13) וניתנה ארכה לבקשת הח"מ מסיבות אישיות, עד ליום 26.12.2017 בטרם תכנס ההכרזה לתוקף ככל הנוגע להוצאת רכוש והריסת מבני הכפר, כמפורט במכתב ממדור פנים מיום 7.12.2017.

מצ"ב העתק בקשת עיכוב הביצוע ומענה ממדור פנים במנהל האזרחי ומסומן ע/24.

2. בהעדר עיכוב הליכים פורמאלי, קיים חשש ממשי, כי נציגי המשיבים יחלו בהרס בתי העותרים והוצאת מטלטליהם משטח הכפר ללא כל התראה מוקדמת כבר החל משעות הבוקר המוקדמות ביום 26.12.2017. מכאן הבהילות לצו ביניים.

אי בהירות באשר להיקף המבנים המאויימים

3. על פי תשובת יועמ"ש איו"ש להשגה מביצוע ההכרזה מוחרגים באופן זמני המבנים הבאים:

15. באשר לביצוען של החלטות שיפוטיות או התחייבויות כדין של רשויות האזור, במסגרת הליכים משפטיים כלשהם, נדגיש, כי ביחס למבנים שכלפיהם הוצאו צווים שיפוטיים או ניתנו התחייבויות כאלו או אחרות של רשויות האזור, כמו גם מבנים שכלפיהם קיימים הליכים תלויים ועומדים מול רשויות האזור, לא תתבצע בשלב זה אכיפה בתחומו של צו התיחום, כל עוד לא יחול שינוי בנסיבות הרלבנטיות.

4. תשובה זו אינה נמצאת בהלימה לתשובה שהגיעה לידי הח"מ, שקיבל ח"כ דב חנין ממשרד הבטחון בעניין הכרזה דומה שהופעלה כנגד קהילות עין אל חילווא ואום ג'מאל בבקעת הירדן מיום 8.11.2017, שבה הורחבה ההחרגה ומתייחסת למועד הקובע כתיקון מס' 4 לתוקף ביום 22.11.2015 כמפורט להלן, כך שהמבנים שנבנו טרם מועד זה הוחרגו מתחולת ההכרזה:



מדינת ישראל
משרד הביטחון

תיאום
הממשלה
לשכת
טל': 03-6975351
פקס: 03-6976306
מחשבים - 313980
ה' בכסלו התשע"ח
28 בנובמבר 2017

ע' שהב"ס - עו"ד רות בר

הנדון: מינוי תושבי עין אל חילוה ואוס ג' מאל מבתיהם פניית חה"כ ד"ר דב תנין
שקד בסימולין 006680 מתאריך: 13.11.17

1. בהמשך לפנייתך בנושא שבנדון, אציין כי שני המקבצים המדוברים נמצאים בתחומי של צו תיחום שהוצא לאחרונה למתחם המכונה "ציר צלצלן", בצפון בקעת הירדן, אשר מאפשר הריסה או פינוי של מבנים בלתי חוקיים שהוקמו במקום, חלקם בתחומי שטחי אש של צה"ל להלן הרקע לדברים:
 - א. עם סיומה של עבודת מטה נרחבת, תוקן בשנת 2015, "חצו בדבר מבנים בלתי מורשיים" המעגן את הסמכות לתחם מקבצי בניה בלתי חוקיים וצו מסי 1539, באופן המאפשר לתחם אף מקבצי בניה בלתי חוקיים של האוכלוסייה הפלסטינית.
 - ב. עד לאותו מועד, הצו איפשר תיחום של מקבצי בניה ישראלים בלבד ואף עבר את בחינת שימוטית של בית המשפט העליון, במסגרת בג"ץ 548/04 אמנה נ' מפקד כוחות צה"ל, דנג"ץ 2309/04 איכנשטיין נ' ראש הממשלה.
 - ג. התיקון בשנת 2015, התבצע באישור הדרג המדיני, על מנת לאפשר לרשויות האזור, להתמודד עם התופעה המתרחבת, של בניה בלתי חוקית בשטחי C באזור המדובר, על ידי האוכלוסייה הפלסטינית בכלל והבדואית בפרט.
- למחרת פירסום הצו ומאפשר אף הריסה של מבנים, שלגביהם לא הוצא צו הריסה מינהלי או צו ביניים שימוטי המונע הריסה - למעשה אותם המבנים המצויים בדיון בביהמ"ש העליון בעתירות שהוגשו בעניינם.

ה. הצו קובע מנגנון סדור של פרסום ומתן זכות טיעון, הווה אומר, מאפשר לכל הסבור שנפגע ממנו, להגיש השגה לרשויות האזור. ביחס לצווים האמורים, הוגשו מס' השגות שבימים אלו נבחנות וצפויות לקבל מענה סדור, בטרם ביצועה של כל פעולה מתוקף הצו.

2. כל פעולה מתוקף צווי התייחסות האמורים, תבוצע באופן מדוד, סדור ומידתי, בהתאם לדין ובהתאם למשאבים הנתונים לרשויות האזור.

3. לידיעה

בברכה,

רס"ן	אדם
פעולות	עוזר
בשטחים	הממשלה

5. על פי עמותת במקום נכון למיפוי שנעשה על בסיס תצלומי אוויר ומיפוי בשטח עד ליום 6.12.2017 קיימים בכפר בשטח המתוחם כ- 170 מבנים. כמחצית המבנים הינם מבנים חקלאיים שונים כמו דירים, מחסנים לולים ומכלאות קטנות לבעלי חיים ומחציתם מבנים הקשורים למגורים כמו בתים, מבני מטבח נפרדים, מבני שירותים נפרדים. חלק מהמבנים החליפו מבנים ישנים וחלקם הם תוספות והרחבות שונות של מבני המגורים. ראוי לציין כי אותם מבנים הנמצאים תחת איזום של הצו מפוזרים בין כל המשפחות ואינם מרוכזים במקום אחד.

6. התפתחות זו הינה אופיינית לאופי החיים של התושבים שכן יש צורך להיזק מבנים חקלאיים ובמיוחד דירים באופן עונתי, יש צורך להקים מחסנים חדשים במקום מחסנים ישנים כשיש צורך באיחסון הקשור לגידול בעלי חיים. כמו כן גם מבני המגורים הרעועים

מוחלפים מדי כמה שנים או לובשים צורה חדשה בהתאם לגודל המשפחה ולמזג האוויר.
בנוסף, כחלק מהגידול הטבעי זוגות מתחתנים וכך הבתים מורחבים או שנבנה עבורן חדר
נוסף בסמוך.

7. סה"כ כפי הנראה כמחצית מכלל מבני הכפר עלולים להיהרס באופן מיידי החל מיום
26.12.2017.

8. מסיבה זו בדיוק מבקשים העותרים לחייב את המשיבים למסור לידיהם מידע באשר
למבנים המאוימים בהריסה והחרבה ולעכב את מימוש סעיף 3 להכרזה ככל הנוגע לכל
שטח הכפר המתוחם.

**היקף המבנים המאוימים הנרחב אינו מקיים את מטרת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים וגורם
נזק חסר תקדים במימדיו ועל כן בלתי מידתי**

9. כאמור לעיל, המבנים המאוימים מפוזרים בכל רחבי שטח הכפר והריסתם תגרום לנזק
שישפיע על כלל תושבי הכפר. על כן, בכל מקרה אין כל יעילות מבחינת מטרת ההכרזה
כביכול למנוע השתלטות על אדמות ולפנות את השטח כולו, כאשר ממילא חלק ניכר של
מבני הכפר ישאר תלוי ועומד.

10. מצד שני, מדובר בנזק בלתי הפיך, שנעשה ללא הצדקה שבדין, שקשה לאמוד את היקפו
והשלכותיו החברתיות-כלכליות-נפשיות על בני הכפר וילדים בפרט ועל כן הוא בלתי
מידתי ובלתי חוקי.

**עניינים התלויים ועומדים בפני המנהל האזרחי - הקפאת נענה לבקשות בענייני בב"חים, ובינוי
שנהרס באופן בלתי חוקי ושעניינו טרם נענה עד היום**

11. ההכרזה הקפיאה בפועל גם את הטיפול בענייני בב"חים תלויים ועומדים. כך לא ברור גורלם
של בב"חים 112, 114, 115/17 אשר לגביהם פנתה הח"מ באופן ספציפי לועדת המשנה
לפיקוח על הבניה וטרם נענתה עד היום בבקשות בהולות לחנינה ופטור מהיתר על פי
סעיף 7(4) לצו מס' 418 לצורך מיצוי הליכים משפטיים ותכנוניים למרות שניתנו להם צווי
הריסה סופיים. על כן, הם נכללו ליתר בטחון בתוך המבנים המאוימים.

מצ"ב פניית הח"מ בעניין בב"חים 112, 114, 155/17 מיום 23.10.2017 ומסומן ע/25.

12. בנוסף, גם גורלם של בב"חים 116-117/17 של העותרים 2-3 נדון להקפאה, למרות שהריסתם נעשתה באופן בלתי חוקי, ובנייתם התבקשה כבר יום לאחר הריסתם ביום 18.10.2017.

13. בעניין הריסה זו פנה עו"ד לקר פעמיים עד כה ומאז חילופי באי כוחם של העותרים 2-3 לידי הח"מ גם פניית הח"מ מיום 25.10.2017 למידע באשר למבנים אלו לא נענתה. יודגש, כי המידע באשר למבנים אלו התקבל אצל הח"מ מאת עו"ד לקר רק ביום 23.11.2017 ועל כן עניינם נכלל רק בדרך של איזכור ודרישה מפורשת לגבי בב"ח 116/17 שהיה ידוע לח"מ באותה העת, במסגרת ההשגה שהוגשה כנגד ההכרזה ביום 22.11.2017. בכל קמרה, מדובר במבנים שנהרסו באופן בלתי חוקי על ידי ועדת המשנה לפיקוח על הבניה במנהל האזרחי ועל כן בנייתם מתבקשת לאלתר.

מצ"ב פניית עו"ד לקר בעניין בין השאר הריסת הבב"חים 116-117/17 מיום 18.10.2017 המפנה לבקשה קודמת מיום 23.7.2017 שעל אף שהוגשה למשיבים, נהרסו המבנים, ומסומן ע/26.

כמו כן מצ"ב פניית עו"ד לקר 19.10.2017 בעניין זה, ומסומן ע/27.
מצ"ב פניית הח"מ בעניין הבב"חים הנ"ל וכן בב"חים 116-117/17 מיום 25.10.2017 ומסומן ע/28.

לפי מיטב ידיעת הח"מ לא התקבל כל מענה לפניות אלו עד היום.

האפשרות למצות הליכי תכנון תלויים ועומדים כחלק מהנסיון להגיע לפתרון מוסכם

14. משמעות הריסת המבנים היא נזק בלתי הפיך לתושבי הכפר, עוד בטרם מוצו ההליכים התכנוניים התלויים ועומדים, הן תוכנית המתאר להרחבת עיזריה שהוגשה ביום 16.1.17, הן התכנית הרעיונית שהוכנה על ידי עמותת במקום, והן התכנית המקומית המפורטת שעליה עומל ועד הישוב, שבגינם יכול הישוב על בתיו להמשיך להתקיים.

15. יצוין, כי רק לאחרונה שבה הפסיקה והדגישה את הצורך בפתרון מוסכם כאשר נשקלים צעדים בלתי הפיכים כפינוי אנשים מביתם (ר' בג"צ 749/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל, טרם פורסם, ניתן ביום 31.10.17).

16. פתרון מוסכם אינו בא לידי מימוש בהתעלמות המשיבים מסוגית התכנון ומהתושבים כל השנים, ובייחוד עתה כאשר קיימת יוזמת תכנון מקומית בדמות התכנית הרעיונית ע/23) שיש לה עיגון ביוזמה של עיריית עיזריה לתכנית המתאר עיזריה.

17. תכנית המתאר עיזריה מצויה בשלבים מתקדמים, שגורמי התכנון מודעים לה לפחות מחודש ינואר 2017 (ע/20) ואף קיבלה מספר סידורי במאי 2017 (ע/21) והוצגה טיוטה נוספת לאחרונה בחודש יולי 2017 (ע/22).

18. האדישות למצב התכנוני וליוזמת התכנון כפי שעולה מתגובת יועמ"ש איו"ש בדחיית ההשגה (ע/13) מהווה הפרה חמורה של קיום חובות המשיבים כנציגי המעצמה הכובשת לנהל את האיזור מתוך דאגה לרווחת האוכלוסיה ותוך שמירה על הסדר הציבורי, זכויות התושבים המוגנים ובטחונם.

19. הוצאתם לפועל של סעיף 3 להכרזה בכפר ג'בל אל באבא תסכל את האפשרות להגיע לפתרון תוך מיצוי הליכים תכנוניים. הסדרת נושא המגורים והמחיה באמצעות תכנון ראוי, קיום הליך הוגן ומציאת פתרון חוקי להתיישבות ג'בל אל באבא צריכים להיות בראש מעייני המשיבים כחלק מחובתם כלפי האוכלוסיה המוגנת בשטח כבוש.

ההשפעה של עיכוב הביצוע בכלל השטח המתוחם על הליכים משפטיים ומינהליים תלויים ועומדים בנוגע לבב"חים בג'בל אל באבא

20. למרות החרגה כביכול של מבנים שלגביהם קיימים צווי עיכוב ביצוע שיפוטיים והליכים מינהליים, עיכוב ביצוע הכרזת התיחום בכל שטח ההכרזה המתוחם נדרש כיוון שיש לו השפעה ישירה ו/או עקיפה על ההליכים המשפטיים והמינהליים התלויים ועומדים המפורטים לעיל ומכאן, על כלל מבני הקהילה, כפי שיתואר להלן.

21. כמפורט בפתיח לעתירה זו בנוגע לקהילת ג'בל אל באבא מתקיימים כיום שני הליכים משפטיים תלויים ועומדים בבג"צ 3536/16 וכן 3063/14, שבגינם צריכים המשיבים להציג את עמדתם באשר למדיניות אכיפת הבב"חים הספציפיים נשוא העתירות באספקלריה רחבה יותר של קהילת ג'בל אל באבא ואף כחלק מכלל הקהילות הבדואיות בגדה המערבית ופתרונות ההתיישבות הקיימות לקהילה זו.

22. קהילת ג'בל אל באבא שהתה במקומה ללא כל הפרעה כאמור לעיל, במשך כ- 40 שנה, מאז שנות ה- 50 ועד לשנת 1996, שאז החל המנהל האזרחי להוציא למספר ממבני הישוב צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה סופיים. עם זאת, מבצעי האכיפה העיקריים בתחום התכנון והבניה החלו בשנת 2014 עת שהוצאו 21 בב"חים למבני הישוב, בשנת 2015 הוצאו

7 בב"חים, בשנת 2016 11 בב"חים, בשנת 2017 עד כה 5 בב"חים. מבצעי האכיפה לא לוו בכל הליך תכנוני להסדרת הישוב שהיה קיים עשרות שנים במקומו.

23. בעקבות ההליכים הנ"ל הוגשו עתירות לבג"צ כמפורט להלן וכן בנוגע לבב"חים האחרונים שהוצאו ביוני 2017, כפי שיפורט להלן.

24. בג"צ 3063/14 הוגשה עתירה כנגד הבב"חים שהוצאו ב – 2014 (ע/7). ביום 21.2.17 ניתן פסק דין (ע/8) במסגרתו נקבע כדלקמן:

" בדיון המקדמי שהתקיים לפני קיבלו הצדדים את הצעת בית המשפט המבוססת על פסק הדין בבג"ץ 6737/13 להאלין ל ראש המינהל האזרחי לאיזור יהודה ושומרון (5.2.2017), שניתן לאחרונה. רשמתי לפניי את הצהרת בא כוח העותרים לפרוטוקול ואת הבהרתו כי הם שומרים על זכותם להביא טענות עקרוניות שהועלו בעתירה להכרעה בהליך מתאים, לרבות הודעתם כי הם מצפים שבהצעת המדינה יינתן משקל לכך שהם תושבים מוגנים המתגוררים ליד עזריה ושם מרכז חייהם.

מוסכם על הצדדים כי בא כוח העותרים יענה למכתב שנשלח אליו ביום 3.3.2016 עד ליום 30.4.2017.

העתירה תימחק. הצווים לא ימומשו עד לחלוף 30 ימים מהמועד שבו תומצא לבא כוח העותרים תגובת המשיבים. זאת בכפוף לכך שהעותרים לא יוסיפו לבנות באופן בלתי חוקי ושישמר המצב הקיים במבנים נושא העתירה. בנתון להסכמה זו העתירה נמחקת אפוא ללא צו להוצאות."

25. בעקבות הוצאת התראות טרם הריסה שניתנו לעותרים הגיש ב"כ העותרים בשעתו, עו"ד שלמה לקר, בקשה לבזיון בית המשפט (ע/9) לכיבוד פסק דינו של בית המשפט. הבקשה הוגשה בשל נקיטת צעד חד צדדי מצד ועדת הפיקוח על הבניה במנהל האזרחי שלא במסגרת ההסכמה הנ"ל בפסק הדין, תוך איום בהריסת מבני העותרים בתוך 7 ימים במידה ולא ימלאו אחר דרישות "טופס בקשה לדיור חליפי בתמורה להקפאת ביצוע צווי הריסה סופיים". ביום 8.11.17 ביקשה הפרקליטה סיגל אבנן ארכה של 45 ימים עד ליום 24.12.17 ובה ציינה בסעיף 4 לבקש כי "יוער, כי בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 20.8.17, "צווי הביניים יעמדו בשלב זה בעינם" וכן נקבע מועד לתגובת המשיבים לבקשה ליום 3.9.2017 (ע/10). ביום 27.11.2017 לאור בקשת ארכה מטעם המשיבים הוארך המועד ליום 24.12.2017 (ע/11).

26. עמדת המשיבים בנוגע לבקשה לבזיון פסק דינו של בית המשפט נוגעת להפרה של פסק הדין בבג"צ 3063/14 שעניינו לא רק בב"חים ספציפיים אלא גורלה של הקהילה בג'בל אל באבא שמבקשת לממש את זכותה להליך הוגן כנגד ועוד טרם העברתה בכפיה ממקומה, ולשמוע את עמדת המשיבים בעניין התיישבות הקהילה.

27. עוד טרם שנשמעה עמדת המשיבים בבג"צ 3063/14 הוציאו המשיבים בעתירה הנוכחית את צו התיחום, שדן את גורל הקהילה להרס ולחורבן ומכאן שהמשקל של ההכרעה השיפוטית בדבר צווי ביניים בבג"צ 3063/14 עבר לעתירה הנוכחית ומכאן חשיבות הבקשה לצו ביניים והשפעתה על הליכים אחרים המתנהלים ביחס לשוב ג'בל אל באבא.
28. בעניין 11 בב"חיים נוספים בכפר ג'בל אל באבא תלויה ועומדת עתירה בבג"צ 3536/16 (ע/4). בעתירה זו ניתנה החלטת בית המשפט מיום 17.10.2017 על הודעה משלימה מטעם המשיבים עד ליום 17.12.2017.
29. בעתירה בבג"צ 3536/16 התקיים דיון אחד ביום 17.10.17 במסגרתו ביקש הפרקליט פנחס גורט ארכה של 60 ימים לצורך הגשת הודעה משלימה על מנת לגבש מדיניות ביחס לטופס הנ"ל. בעמוד 2 לפרוטוקול ציין עו"ד גורט, "נבקש, כי במקרה כאן ליתן לנו אפשרות לעכן תוך 60 ימים. בינתיים יש צו ארעי אז זכותם של העותרים לא נפגעת".
30. לאור בקשת ארכה מטעם המשיבים ניתנה החלטת בית המשפט מיום 20.12.2017 שהאריכה את מועד הודעה משלימה מטעם המשיבים עד ליום 31.1.2018.
31. בתגובתם לבקשת הארכה טענו העותרים בבג"צ 3536/16, כי בנסיבות הנ"ל, מבחינת העותרים, עצם הוצאת צו התיחום מהווה מחסך, אשר נעשה עוד טרם שניתנה הודעה משלימה מטעם המשיבים בעתירה הנוכחית, שאמורה היתה לפרט את המדיניות בדבר אכיפת דיני התכנון והבניה בכפר ג'בל אל באבא וטרם התקיים בעניין דיון בנוכחות הצדדים להליך המשפטי במסגרת בג"צ 3536/16, כמקובל. דיון כזה במסגרת בג"צ 3536/16 הופך להיות חסר תכלית לאור קיומו של צו התיחום שהוצא למבני הקהילה, לאור כלליותו והשפעתו על כלל הקהילה, כולל הבב"חיים נשוא בג"צ 3536/16, למרות החרגתם לכאורה. צו התיחום, הוא הוא המדיניות החדשה של המשיבים ביחס לקהילה, כפי שהיא מתבטאת בפועל בפרסום ההכרזה מיום 16.11.17. מכאן השפעתה של החלטת בית המשפט בבקשה לצו ביניים בין השאר על הליך זה גם כן.
32. לבסוף, כפי שתואר לעיל בעקבות צווי הפסקת עבודה שהוצאו לחמישה מבנים בב"חיים 112/17, 114-118 וצווי הריסה סופיים שהוצאו לבב"חיים 112, 114, 115 פנתה הח"מ ביום 23.10.17 לועדת המשנה לפיקוח על הבניה בבקשה לחנינה ופטור מהיתר על פי סעיף 7(4) לצו 418 משנת 1971 לצורך מיצוי הליכים משפטיים ותכנוניים ועקב נטילת ייצוג משפטי לעיכוב ביצוע של שבועיים. ביום 25.10.17 פנתה הח"מ בבקשה לקבלת מידע כולל פרוטוקולים והחלטות בעניין הבב"חיים הנ"ל וכן שני צווי הפסקת עבודה נוספים - צו הפסקת עבודה 203648 וצו הפסקת עבודה 203647 שבדיעבד הסתבר לח"מ שהם מתייחסים לבב"חיים 116-117/17 נשוא הבקשה לצו הביניים.
33. עד היום לא קיבלה הח"מ שום התייחסות למכתבים אלו. מכאן, שמבנים הקשורים לבב"חיים 112, 114 - 115 תלויים ועומדים בהליכים למול גורמי הפיקוח במנהל האזרחי ובגינם יכולה להתקבל כל רגע החלטה שמשמעה שהמבנים נתונים להריסה והחרבה

במסגרת מימוש סעיף 3 להכרזה. בנוסף, כפי שפורט לעיל, אף בנית המבנים שנהרסו

באופן בלתי חוקי מתעכבת ומכאן הבקשה במסגרת צו הביניים לאפשר בנייתם מחדש.

34. בהקשר זו יודגש, כי לביטוי "שינוי בנסיבות רלוונטיות" כפי שפורט בסעיף 15 לדחית ההשגה

אינו ברור והוא נשאר בגדר משפט סתום, שמשמעותו אינה בהכרח החלטה שיפוטית אחרת.

מכאן הבקשה בצו הביניים להבהרתו לאלתר על ידי המשיבים.

35. אשר על כן, אין ספק, כי עיכוב ביצוע המתבקש בבקשה לצו ביניים הנוכחית במסגרת

השטח המתוחם נדרש כיוון שיש לו השפעה ישירה ו/או עקיפה על ההליכים המשפטיים

והמינהליים התלויים ועומדים המפורטים לעיל ומכאן, על כלל מבני הקהילה.

36. מימוש סעיף 3 להכרזה משמעו קביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח על ידי הריסה

שמשמעותה הבאת הקהילה למצב של תת-פיתוח, השבת הגלגל לאחור במצב בו

לתושבים שבתיים יהרסו לא יהיה קורת גג, פוגע בתשתית החברתית והפיסית של

ההתיישבות הקהילתית על מרקם החיים הייחודי שבה שמתנהל על פי עונות השנה וצרכי

המרעה, ותוך פגיעה אנושה בזכויות היסוד של תושביה.

37. כפי שפורט במכתב מיום 26.10.2017 מעיריית עזריה (ע/15) אין התנגדות מצד בעלי

הקרקעות בעזריה, שאדמות תושביה מהווים לפחות כ- 40 אחוזים מכלל האדמות עליהן

בנויים בתי ג'בל אל באבא, להשארות תושבי ראס אלעזריה (ג'בל אל באבא)

במקומותיהם על אדמות עזריה שבבעלות תושבי העיר עזריה ואדמות המשאע של

הכפר, תוך ערבות לשמירה על זכויות בעלי הקרקעות המקוריים כיום ובעתיד. כאמור,

מדובר באדמות המוכרות על ידי המנהל האזרחי כאדמות פרטיות על פי מידע שהתקבל

אצל עמותת במקום מהמנהל האזרחי עצמו.

38. יוזכר, לעניין 60 האחוזים הנותרים על אדמות המוכרות כאדמות מדינה, כי גם לשיטת

המשיבים מבנים שנבנים שלא על קרקע הזולת, מקבלים תיעדוף נמוך יותר במימוש

צווים להריסתם ממבנים הנבנים על קרקעות הזולת (ר' בג"ץ 5377/09 רגבים נ' שר

הביטחון ואח').

39. עמדה זו באה לידי ביטוי גם בעמדת המדינה בבג"צ 7891/07 שלום עכשיו נ' שר הבטחון

מיום 7.3.11 (פורסם בנבו 18.11.13) שכלל הנוגע להכרזות הנוגעות למאחזים בלתי

מורשים של ישראלים סדר העדיפות באכיפה הוא למנוע בניה בלתי מורשית של

מתנחלים באדמות פלסטיניות פרטיות. זאת, מעצם קיומה של התנגדות פלסטינית

להתיישבות ישראלים על אדמות פרטיות, התנגדות שאינה קיימת במקרה של תושבי

ג'בל אל באבא. מכאן, שבניה פלסטינית על אדמות פלסטיניות פרטיות אינה בראש סדר

העדיפות של המדינה. ראו כאן:

בסיכום הישיבה הונחה תשתית למדיניות משולבת בעניין הריסות הבנייה הבלתי חוקית על אדמה פרטית ובעניין הסדרת הבנייה באדמות מדינה, כך שכלל, בנייה בלתי חוקית אשר ממקמת על קרקע פרטית - תוסר, ובמקביל, הונחו הדרגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של מבנים המצויים באדמות מדינה; וזאת באותם מקומות בהם יוחלט על הסדרה. והכל בהתאם לשיקולים רלוונטיים נוספים הקשורים לעניינו של כל מקום ומקום.

באשר לבניה נשוא עתירה זו, הדרג המקצועי הונחה לפעול להסדרת בנייה בלתי חוקית אשר ממקמת על קרקע פרטית, וזאת עד סוף שנה זו.

אשר למבנים נשוא עתירה זו, אשר מצויים על קרקע שהיא אינה אדמה פרטית, הרי שענינם יישקל בעתיד. מכל מקום, בהתחשב בכך שכאמור, מאמצי האכיפה של המשיבים יופנו כעת לביצוע אכיפה במקרקעין פרטיים, המבנים האמורים אינם מצויים במקום גבוה בסדרי העדיפויות של המשיבים.

40. ככל הנוגע לאדמות מדינה, עמדת המדינה בדבר קיומה של הסדרה, צריכה להיות מושלכת באופן שוויוני גם על האוכלוסיה הפלסטינית המקומית באופן שהמשיבים לא יפלו לרעה את קהילת ג'בל אל באבא באופן ספציפי בהיותה אוכלוסיה מוגנת בעלת מעמד מיוחד. זאת, בייחוד לאור האיסור המפורש המינהגי כנגד העברה בכפיה כמפורט בחלק המשפטי של עתירה זו.

41. אכיפה שוויונית משמעה מתן אפשרות – ובמקרה של מאחזים אף רצון ונכונות – להסדרת הבנייה של הכפר ג'בל אל באבא באדמות המוכרזות כאדמות מדינה. במקרה הנוכחי, יוזמת התכנון של התושבים ועיריית עיזריה תואמת את חובת המשיבים לאכיפה שוויונית ושקילת האפשרות להסדרת הבניה. כפי שנכתב בהשגה (ע/12) תכנית מתארית ראשונית לכפר (ע/23) צורפה להשגה ותכנית מפורטת תוגש ללשכת התכנון המרכזית תוך שישה חודשים לשיקול דעתם. מכאן, שברור, שכלל שמדיניות האכיפה המוצהרת נלקחת בחשבון – מדיניות זו לא כוללת בניה פלסטינית על אדמות פלסטיניות פרטיות.

42. המתואר לעיל תומך בבקשה לצו ביניים ככל הנוגע לעיכוב מימוש סעיף 3 להכרזה בכל השטח המתוחם.

נזק בלתי הפיך בהיקף חסר תקדים ובלתי מידתי בעליל

43. הריסת מבנים אזרחיים למגורים המשמשים להישרדות האוכלוסיה כגון מבני מחסה בתנאי הקור הנוכחיים ומבנים המאפשרים קיום בסיסי כגון דירי צאן בין אם בהריסה מאסיבית ביחד או הריסה במצטבר, עם "שינוי נסיבות רלבנטיות" בהליכים מינהליים בפני גורמי התכנון והפיקוח במנהל האזרחי, תגרום לפגיעה הומניטרית קשה בתנאי המחיה של תושבי הכפר. הריסה כזו מהווה הפרה חמורה של דיני הכיבוש והחובות ההומניטריות של המשיבים, כמפורט בחלק המשפטי.

44. למשיבים לא יגרם כל נזק, במידה ויוקפא ביצוע ההכרזה כמבוקש. הרי לשיטת המשיבים עצמים לא מדובר בהעברה בכפיה מבחינת מטרת ההכרזה ואכן לא ניתן לתושבי ג'בל אל באבא איסור שהיה של התושבים בג'בל אל באבא ממקומם על פי סעיף 4 לצו בדבר

מבנים בלתי מורשים. במובן זה הכיצד ניתן לאפשר לתושבי הכפר לשהות במקום אך לא לאפשר להם להקים מעל ראשם קורת גג?

הצורך המיידִי והתמידי בבניית מבנים פשוטים בתוך מתחם הקהילה עקב אורח החיים הבדואי הייחודי, עונות השנה, חומרי בניה פגיעים והעדר בטחון למגורים

45. כפי שפורט בפתיח לעתירה, מחקר של עמותת במקום מעיד בתצלומי אויר (ע/17-18) על כך שתושבי ג'בל אל באבא מתגוררים בכפר כבר משנות ה - 70, לאור העובדה, שלא נמצאו צילומי אויר לאיזור לפני כן, וכאשר סבו של העותר אף קנה חלקה באופן פרטי בתחילת שנות ה-50.

46. מניתוח של עמותת במקום עולה, כי בדיקה מהירה של תצלומי אויר לאורך השנים משנת 1970 עד היום מראה שהבניה באזור ג'בל אל באבא התמקדה במספר מוקדים בהתאם למשפחות השונות, והתפתחה לאורך השנים סביב אותם מוקדים כמעט ללא התפזרות בשטח הסובב. כך שלרוב, בנים מאותה משפחה שמתחתנים וצריכים בית בנפרד, בונים חדר נוסף או שני חדרים צמודים בקרבת מקום לבית האב באותו מתחם של המשפחה וזה נהיה הבית שלהם. מכאן שהבניה מוסדרת, כמעט לא יוצאת מהתחומים של המשפחות ומתנהלת בקצב הגיוני מבחינת התפתחות הקהילה, לפי הצורך בלבד ובהתאם לגידול הטבעי בקהילה, לא בצורה מופרעת ואף לא מופרכת.

47. לפעמים הבניה באה להחליף בתים אחרים שמפורקים בעונת החורף, כאשר חלק מהמשפחות של אותה קהילה עוברות לאזור הדרום מזרחי בג'בל אל באבא, היכן שיש מקלט חמים יותר לעדרים במערות, היכן שיש פחות רוח. באותן עונות משפחות אלה מפרקות את בתי הקבע שלהן מהמקום הקבוע, זמנית בלבד, ומעבירים אותם לאזור עיזבת החורף, עד תום העונה ולאחר מכן חוזרות ובונות אותם שוב באותו מיקום מקורי קרוב לשאר בתי המשפחה. מנהג זה התנהל במשך שנים עד שלא התאפשר להם יותר מחשש הריסה בהוראת המינהל האזרחי. הפתרון היה פשוט להקים עוד מבנים נוספים קבועים לתקופת החורף באזור המערות ואז רק המשפחות עוברות בעונות השונות בין הבתים, כאשר הבתים נשארים קבועים כל הזמן. חשוב לציין שהריסות שמבצע המינהל האזרחי, מביאות לבניה חדשה כמענה לצורך בסיסי למקלט. לפעמים הבניה החדשה שבאה כתחליף לקודמת מוקמת באותו מיקום ולפעמים אף בתזוזה קלה מהמיקום המקורי, אך לרוב נשארת באותו מתחם משפחה. לפעמים הבניה הינה תוספת והרחבה לבניה קיימת ולא ממש בניה חדשה, כנראה מתוך צורך בהגדלת הבית בעוד חדרים בהתאם לגדילת המשפחה.

48. לאור המתואר לעיל ברי, כי המשיבים בדחייתם את השגת תושבי ג'בל אל באבא מסמנים את חוסר האכפתיות שלהם מגורלות של תושבים מוגנים בעלי תרבות ייחודית של בניה, אזרחים חסרי כל שהמשיבים מבקשים להפוך אותם לחסרי קורת גג לחלוטין. לא נראית כל סיבה לעין לדחיפות ההריסה כעת דווקא. להיפך, נדמה, כי הכרזה התוחמת את הכפר להריסה והעברה בכפיה מכוונת לגירוש הקהילות בדואיות מאיזור מעלה אדומים באופן גורף שאינו לוקח בחשבון את נסיבותיה הספציפיות של כל קהילה כגון קהילת ג'בל אל באבא.

49. תושבי הקהילה אינם עבריינים אלא אזרחים שהפכו להיות פליטים כנגד רצונם ומצאו את מקומם הקבוע בג'בל אל באבא, ללא התנגדות בעלי הקרקעות, תוך רכישת חלק מאדמות המקום. התושבים נקלעו לסיטואציה קשה בה היתה התעלמות תכנונית מהם מצד המנהל האזרחי במשך שנים למרות האפשרות להסדיר את התיישבותם, וכיום, דווקא כאשר עלתה יוזמה כזו מצד עיריית עיזריה, ומצד תושבי הכפר עצמו, המשיבים בוחרים להתעלם ממנה, כאילו הינם מכווני מטרה ואינם מתייחסים לשינוי הנסיבות הרלוונטיים. זאת, למרות שברור שטרנספר כפוי ומחיקת קהילה שלמה מעל פני האדמה אינה אפשרית ואינה חוקית.

50. הבקשה לצו ביניים כוללת בקשה להחרגה של סעיף 4 בתקופת הביניים עד להכרעה בעתירה ככל הנוגע למבנים המשרתים צורך הומניטרי מחד, ומבנים שנהרסו באופן בלתי חוקי, מאידך.

51. הבקשה לצו ביניים כוללת בקשה למתן אפשרות לבנות מחדש את המבנים בבב"חים 116-117/17 כחלק מחובת המשיבים לקיים את ההבטחה השלטונית. בעמוד 17 להשגה (ע/12) התבקש לאפשר בניה של המבנים שנהרסו בניגוד להבטחה השלטונית שניתנה בעקבות מילוי הטופס, דבר שלא היתה לו כל התייחסות בדחית ההשגה מיום 6.12.2017 (ע/13).

52. מצד שני, לקראת תקופת החורף הנוכחית התושבים זקוקים למבנים הומניטריים הכוללים תיקון מבנים קיימים, הוספת דירי צאן להגנה על הצאן שנותר ללא מחסה מהחורף המונה בערך כ- 570 ראשי צאן, וכן לטלאים הרכים שנולדים וזקוקים להגנה מיוחדת בתקופת החורף, תיקון צינורות מים קיימים לאספקת מים סדירה, מבנה לפעילות חינוכית- חברתית לילדים בתקופת החורף.

53. בניה זו, בהתאם לאופי הבניה הקיים אינה מתפרשת מעבר למתחם הקיים אלא נשארת בגדר מתחם הכפר. מכאן, שאין בבניה זו כל נזק מבחינת פגיעה בסדר הציבורי, ומאידך, היא משרתת צרכים בסיסיים ביותר של אזרחים מוגנים בשטח כבוש.

מבחני הפסיקה למתן צו ביניים:

54. שני שיקולים מקובלים לבחינת בקשה לצו ביניים: מאזן הנוחות וסיכויי העתירה. על שיקולים אלה עמד בית המשפט העליון:

"בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. האחד, 'מאזן הנוחות', שבו בוחן בית המשפט את הנזק שייגרם למבקש במידה שלא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה ויינתן צו כמבוקש; והאחר, סיכויי העתירה להתקבל. במסגרת שיקולי מאזן הנוחות יבחן בית המשפט, בין יתר שיקוליו, אם אי מתן הצו יסכל את בירור ההליך העיקרי, וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. אכן הבוחן העיקרי היא מאזן הנוחות..." בר"מ 301/03 אחים סקאל בע"מ נ' רשות שדות התעופה (18/3/2003 טרם פורסם) (ההדגשות שלי נ.ע.ש.). העותרים יטענו כי שני התנאים לעיל מתקיימים בעניינם:

מאזן הנוחות- שמירת המצב הקיים בשטח

55. בר"מ 5777/06 מפעל תחנות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה (פורסם בגבו) נתן בית המשפט העליון צו ביניים להפסקת עבודות בנייה, תוך מתן משקל נכבד לאינטרס בשמירת המצב הקיים, בציינו כי: "בבוא בית המשפט לבחון את שאלת מאזן הנוחות עליו לקחת בחשבון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. נקבע, כי בית המשפט יעדיף, במסגרת שיקוליו, לשמר מצב קיים ... כאן מדובר בביצוע של עבודות בניה אשר נמצאות בעיצומן של עבודות פיתוח ותשתית... נראה כי בענייננו יש הצדקה למתן צו הביניים, בעיקר כדי למנוע היווצרותו של "מעשה עשוי". (הדגשות של הח"מ)

56. בר"מ 5793/06 ד"ר ח'אלד דיאב נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה - נצרת, תק-על 2006(3), 4630, 4633 (2006) ננקטה לשון דומה: "לעניין מאזן הנוחות, שהוא כאמור השיקול המכריע: כאן יש לבחון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. במקרה שלפנינו מדובר בביצוע של עבודות בניה. בהתחשב בשלב המתקדם בו הן מצויות, גובר החשש כי המשיב ישלים את מלאכת הבניה בקרוב, עוד בטרם יסתיים בירור ההליך לגופו. נראה אפוא כי אם בסופו של יום תתקבל עתירתו של המבקש, יהיה זה קשה להשיב את המצב לקדמותו ... נראה כי בענייננו יש הצדקה למתן צו הביניים, בעיקר כדי למנוע היווצרותו של "מעשה עשוי". בנסיבות אלו גובר הצורך בשמירת המצב הקיים באמצעות מתן צו הביניים, עד למתן פסק דינו של בית משפט קמא." (ההדגשות של הח"מ)

57. במקרה דנן, מטרת צו הביניים הינה לשמור, עד לדיון בעתירה, על המבנים של תושבי הכפר ג'בל אל באבא ולמנוע היווצרותו של "מעשה עשוי" בהחרבת בתי הכפר. תושבי הכפר מכירים את גבולות התיישבותם ובכל מקרה הבניה תהיה במסגרת התכנית הרעיונית שהוצגה.

58. הריסת המבנים, בהיעדר צו ביניים, משמעותה שינוי דרסטי של המצב הקיים מזה שנים רבות. נדמה, כי מטרתה לגרום לכך שהעותרים יפנו את השטח ללא צווי פינוי, תוך שימוש בתואנה של סדר ציבורי וצו תיחום העוקף את הליכי תכנון ובניה לפינוי השטח וריכוז האוכלוסיה הבדואית באיזורים ספציפיים למרות התנגדות תושבי הקהילה. הריסת המבנים, שהם הומניטריים באופיים, כמפורט לעיל, ומשמשים צרכי אנוש בסיסיים ביותר, בהיעדר צו ביניים, משמעותה בין השאר השלכת תושבי הכפר בני משפחותיהם פיסית לחסדי תנאי השטח הקשים באיזור ללא כל הגנה או קורת גג חלופית.

59. במובן זה מתן אפשרות לבניה של מבנים הומניטריים אין בה כדי להעלות ולהוריד לעניין שמירת המצב הקיים, כיוון שתיקון מבנים קיימים וכן הוספת מבנים ארעיים שנועדו לאפשר לתושבים לעבור את תקופת החורף באופן סביר, אין בה כדי להוות שינוי של המצב הקיים אלא דווקא שימורו בתנאי מחיה בסיסיים ואנושיים.

60. מקרה זה התקיים בעבר לדוגמא בהסכם בין המדינה לבין העותרים בבג"צ 413/13 בו נקבע שבתקופת הגישור תתאפשר בניית מבנים נחוצים למשפחות העותרים ותיקון מבנים עקב פגעי החורף תמורת הקפאת בניה מחוץ להסכם. מכאן, שאין מדובר במקרה חריג בו המשיבים אינם יכולים לעמוד בצו מסוג זה.

מצ"ב העתק מההסכם ההקפאה לתקופת הגישור בבג"צ 413/13 ומסומן ע/29.

אי מתן צו ביניים עלול לייתר את הדיון בעתירה וסיכויי העתירה

61. במידה ולא יינתן צו ביניים כמבוקש, והמשיבים יהרסו את המבנים, תתייתר העתירה ותהפוך לתיאורטית ממש, ויתכן ואף היישוב כולו יהפוך להיות תיאורטי, בעוד הסבל של התושבים יהיה ממשי מאוד. המדובר בשיקול חשוב אותו מונה בית המשפט הנכבד בין שיקוליו שעה שהוא בוחן בקשה לצו ביניים. בבר"מ 2139/06 מר ושות' נ' משרד התשתיות (פורסם בגבו), נתן בית המשפט העליון צו ביניים להוצאת מכרז לפועל, מן הטעם כי אי מתן צו ביניים עלול לייתר את הדיון בעתירה, בציינו כי: "באין צו ביניים עלולה להתייתר העתירה ולאחר ההקמה כבר לא ניתן יהיה "להפקיע" את זכייתה של אפסק אם ימצא כי יש לקבל את העתירה."

62. סיכויי העתירה טובים ואינם משוללי כל יסוד. דווקא כיוון שהליך הרחבת תוכנית עיזריה באיזור בו ממוקמות אדמות פרטיות בפרט מעלה את הסיכויי להסדרת הקהילה במקומה, לאור הנסיבות המפורטות לעיל בפתיח לעתירה זו של התיישבות עונתית עוד לפני 1948 ובאופן קבוע החל משנות ה-50 של המאה הקודמת, לעתירה עצמה יש סיכוי הצלחה להתקבל כחלק משלטון חוק שרואה גם את האנשים ולא רק את הנהלים.

63. זאת, בייחוד כאשר תושבי הכפר הינם תושבים מוגנים ולאור הטיעונים בדבר אי חוקיות ההעברה בכפיה וההתעלמות מהצורך למצות זכותם להליך הוגן ומיצוי הליכי תכנון כולל הגשת תכנית מפורטת שמתוכה ניתן יהיה להגיש בקשות להיתרי בניה – עם מכתב מעיריית עיזריה בדבר העדר התנגדות מצד בעלי הקרקע להתיישבות הבדואית, כפי שפורט לעיל.
64. הצורך בתכנון ג'בל אל באבא במסגרת תוכנית מפורטת שתוגש למנהל האזרחי, מבוססת על העובדה שהתושבים הבדואים בכפר מתגוררים בחלקם על אדמות פרטיות ואלו המתגוררים על אדמות מדינה ניתן להכשיר מבחינה חוקית באמצעות תכנון ראוי וסביר; כ- 40 אחוזים משטח המתוחם בג'בל אל באבא אינו מיועד להפקעה, אינו סותר תוכנית מתאר אחרת. השטח באדמות מדינה מסומן כ"פרויקט מיוחד" ולשטח פתוח על פי תוכנית 420/4 שבמסגרתו – ונכון לעכשיו אין תוכניות מפורטות בג'בל אל באבא – ניתן להכשיר את המבנים בכפר ולהכיר בו. באותה מידה תקנה תכנית לאל ג'בל מערב את תכנית 420/4 והפכה יעוד קרקע של מרכז תחזוקה, בטיחות והצלה איזורי לאיזור מגורים – כך ניתן לעשות במקרה זה.
65. האיזור מהווה המשכה של עיזריה בצמוד לשטחה הצפוני של העיר, ממנה כבר מקבלים התושבים הבדואים שירותי מים וחשמל, חינוך וכדומה.
66. עם עליתה של אלטרנטיבה תכנונית חדשה עולה הסיכוי של ההתיישבות להיות מוכשרת באמצעות תכנית מתאר חדשה, באופן משמעותי, במידה ותנתן לתושבים השמות למצות את הליכי התכנון הרגילים, למול המנהל האזרחי כפי שמבקשים העותרים.
67. אשר על כן, מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה לצו ביניים.

העותרים

יפויי הכח של העותרים מצורף לעתירה זו.

68. העותר מס' 1, עטאללה מזארעה הינו ראש ועד ההגנה המקומי ג'בל אל באבא, המוכר ככזה על ידי הרשות הפלסטינית רשמית והמונה חמישה חברים מתושבי הכפר. בתוקף תפקידו כראש הוועד העותר מס' 1 מייצג את כלל תושבי הכפר שמאוימים על ידי ההכרזה, שפיזית הונחה על ידי המנהל האזרחי על יתד ברזל ממול לביתו בכפר. סבו מצד אימו קנה את חלקת האדמה מהראשונות בג'בל אל באבא בשנות ה-50. המשפחה מחפשת את שטר הקניה בימים אלו והעותר מס' 1

שומר לעצמו הזכות לצרף את המסמך.

69. העותר מס' 2 הינו יליד שנת 1992 ותושב ג'בל אל באבא. יש לו בת אחת, בת שנתיים ואין לו ולמשפחתו מקום מגורים אחר. הוא עובד כפועל. נהרס לו בית מגורים, שירותים ומטבח ביום 17.10.2017 בעקבות בב"ח 117/17. בית המגורים

שימש את אבי המשפחה במשך כ- 20 שנה והעותר מס' 2 התגורר בבית זה עד שהנרס.

70. העותר מס' 3 הינו יליד שנת 1996 ותושב ג'בל אל באבא. הוא התחתן לפני כשנה ואין לו ילדים עדיין, עובד כפועל ואין לו ולמשפחתו מקום מגורים אחר. לעותר מס' 3 היו בית מגוריו ושירותים שעמדו על מקומם כשנתיים, לפני שנהרסו ביום 17.10.2017 במסגרת בב"ח 116/17.

החלק העובדתי

71. המידע הכלול בחלק זה מתבסס הן על מידע שיש בידי העותר מס' 1, כראש הוועד המקומי ונתמך בתצהירו, על מידע שהתקבל אצל העותר מארגון האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים (UNOCHA) ועל מידע שהתקבל מעמותת במקום – מתכננים למען זכויות תכנון ונתמך בתצהיר.

כללי

72. על פי מידע שהתקבל מ- UNOCHA הכפר המונה כ- 290 נפשות, רובם המכריע פליטי 1948, כאשר 151 מהם, יותר ממחצית האוכלוסיה הם ילדים. ל- 10 מתוך 58 משפחות יש ראשת משפחה אשה. על פי עמותת במקום מספר נפשות בקהילה כיום עומד על כ-340 נפשות.

73. הישוב ממוקם בפתאיה הצפוניים של העיר עיזריה, במרחק של כ- 150 מטרים מגבול תכנית המתאר של עיריית עיזריה, והוא קשור אל העיר מבחינת תשתיות מים וחשמל, ושירותים מוניציפליים בסיסים כגון שירותי חינוך ובריאות, מעבר להגעתה של מרפאה ניידת אל היישוב עצמו. בישוב מסגד ומשרד לשימוש הוועד המקומי, ונקודות תיירות ברחבי הישוב. מקורות הפרנסה אף הם עיקרם בעיזריה ועבודה בהתנחלויות הסובבות הינה מקור הפרנסה השלישי עבור תושבי הקהילה.

74. בהיות כ- 80 אחוזים מהישוב פליטים, התושבים נתמכים על ידי סוכנות האו"ם לפליטים, אונרו"א. כמו כן, הישוב נתמך על ידי ארגונים הומניטריים לאור מצבם הכלכלי-חברתי והומניטרי קשה של תושביו, כולל בעקבות הריסת מבנים, שבגינם נשארו התושבים חסרי קורת גג.

תחילת הישוב ג'בל אל באבא – עיזבה (מקום מגורים עונתי) לפני 1948 והתיישבות בדואית
קבועה החל משנות כ- 50 של המאה הקודמת

75. מבנה הישוב הוא בדואי-מסורתי משפחתי ומתבסס על שבע משפחות משבט הג'האלין – משפחת מזארעה, סיאילה, אבו עווידה, בסיסאת, פריחת, הירש, תראבין. כל משפחה מתגוררת במרחק מסויים זה מזה בהתאם לקוד התרבותי. הישוב מבוסס על מנהגים, הסכמות ואורח החיים הבדואי, הכולל גידול עדרי צאן.

76. תחילתו של הישוב במשפחת מזארעה, שהגיעה בתחילת שנות ה – 50 להתיישב במקום, כאשר הישוב גדל עם השנים בייחוד משנות ה – 70, והפך להיות ישוב בדואי לכל דבר ועניין. בישוב לפחות באר מים עתיקה אחת.

77. אזור ג'בל אל באבא שימש כמעון עונתי (עיזבה) בתקופת קיץ שנים לפני 1948. וכבר אז התיישבה משפחת תראבין במקום באופן די קבוע. באותה תקופה נהגו משפחות סיאילה ומזארעה להגיע לעיזבה עונתית. חלקם אף התיישבו קבע באזור של מעלה אדומים כיום.

78. בשנת 1948 לאחר הגירוש מהנגב קנו והתיישבו משפחות סלמאן סיאילה, תושב ג'בל אל באבא המתגורר באותו מיקום עד עצם יום זה, ומנייזל סאלם אל-עווידאת ז"ל, סבו של העותר מס' 1 מצד אימו, אדמה באזור זה באופן קבוע, ועיבדו אותה לחקלאות מעבר לרעיית צאן. לפעמים נהגו להתנייד בתוך אותה גבעה בין הקיץ לחורף מטעמי תנאי אקלים בחיפוש אחרי המקלט הכי מתאים ובטוח לעדרים. הניידות הייתה בעיקר למספר משפחות, בעלי עדרים גדולים, ובאזור ג'בל אל באבא בלבד. על פי מידע מזקני הכפר בשנת 1948 התיישבו באזור באופן די קבוע כ-50 תושבים אשר רובם המוחלט היו ממשפחות מזארעה וסיאילה.

מעמד הקרקע

79. כ – 60 אחוזים מהשטח המתוחם בכפר ג'בל אל באבא ממוקם על אדמות פרטיות, שהוכרזו כאדמות מדינה בשנת 1982 והינן בתחום השיפוט של מעלה אדומים החל משנת 1994 ובתחום תכנית ההרחבה המיועדת 1E באיזור המיועד ל"פרויקט מיוחד" ושטח פתוח החל משנת 1999.

מצ"ב תצ"א שנערכה על ידי עמותת במקום של תחום ההכרזה על רקע אדמות מדינה מוכרזות ואדמות פרטיות על רקע בתי הכפר ג'בל אל באבא ומסומן ע/30.

80. כ- 40 אחוזים הנוספים ממוקמים על אדמות פרטיות של בעלי קרקע מעיזריה, בהסכמתם ובהסכמה של עיריית עיזריה.

ראו לעניין זה את המכתב מעיריית עיזריה מיום 26.10.17 (15/ע)

81. בהשגה (ע/12) שהוגשה כנגד ההכרזה על תיחום הכפר נתבקש פרק זמן לצורך הגשת מסמכי הוכחת זכויות במקרקעין אך בקשה זו לא נענתה ותוך מספר ימים נדחתה ההשגה מבלי שתהיה כל התייחסות לבקשה זו. מאז הצליח ועד הכפר להשיג אישור מס מקרקעין ממשפחת ח'טיב באיזור ג'בל אל באבא (ראס עייזרה). משיחות של ועד הכפר עם בעלי מקרקעין עלה, כי קיימים מסמכי בעלות נוספים המאששים את היות אדמות ג'בל אל באבא אדמות פרטיות, ונדרש להם פרק זמן נוסף לצורך המצאת המסמכים, ומכאן שדחית ההשגה כפי שנעשתה מבלי לאפשר את פרק הזמן הנוסף, כפי שהתבקש בהשגה, מפרה את זכותם של תושבי הכפר להליך הוגן באופן ברור.

ראו לעניין זה אישור מס מקרקעין של משפחת ח'טיב (ע/16)

82. על פי מפת לוח התביעות משנת 1963/4 המהווה חלק מהסדר מקרקעין בלתי מושלם שנערך בתקופה הירדנית חלק מאדמות ג'בל אל באבא בשטח המתוחם היה אדמות פרטיות, חלקן אדמות חורש טבעי וחלקן אדמות עטילה שהן אדמות סלעיות. על אדמות אלו מסוגים שונים התיישבו משפחות בהסכמת בעלי הקרקעות, הנהגת הכפר עיזריה בזמנם והשלטון הירדני המרכזי ללא כל התנגדות.

מצ"ב תצ"א שנערכה על ידי עמותת במקום של האיזור המתוחם על רקע מפת לוח התביעות מהתקופה הירדנית ובתי הכפר ג'בל אל באבא ומסומן ע/31.

83. הישוב הממוקם על גבעה המרוחקת מספר מאות בודדות מתחום תכנית המתאר לעיר עיזריה, קרוי על שמו של האפיפיור (אל-באבא), אשר קיבל בשנת 1964 כ- 36 דונם של חורש טבעי ממלך הממלכה הירדנית ההאשמית. אדמות אלו מסומנות על ידי המנהל האזרחי כאדמות פרטיות. אדמות הותיקן נכללות גם הן בתוך גבול ההכרזה ולפי מיטב ידיעתו של העותר מס' 1 הותיקן אף הוא השיג בדרכים העומדות לרשותו כנגד ההכרזה.

מבני הכפר והמבנים המאויימים באופן מיידי להחרבה

84. על פי עמותת במקום נכון למיפוי שנעשה על בסיס תצלומי אויר ומיפוי בשטח עד ליום 6.12.2017 קיימים בכפר בשטח המתוחם בהערכה כ- 170 מבנים, כמחציתם הינם מבנים חקלאיים שונים כמו דירים, מחסנים לולים ומכלאות קטנות לבעלי חיים ומחציתם מבנים הקשורים למגורים כמו בתים, מבני מטבח נפרדים, מבני שירותים נפרדים. מתוך כלל המבנים בשטח המתוחם כפי הנראה כמחצית הינם מבנים מאויימים, שאינם במסגרת בג"צים 3063/14 ובג"צ 3536/16 ו/או בהתחייבויות למול המנהל"ז כאשר לא ברור גורלם של מבנים רבים כולל בב"ח 112, 118/17-114. בנוסף, קיימים מבנים העומדים

על תילם מזה שנים רבות. דבר זה מעיד בדיוק על העדר בהירות והעדר סבירות בעליל של הוצאת הכרזת התיחום, כאשר המבנים המאויימים אינם ידועים באופן ברור לתושבי הכפר.

אופי הבניה על פי אורח החיים הבדואי ולאור נסיבות הכיבוש הצבאי והאיסור על בניה בכפר

85. כפי שפורט בבקשה לצו ביניים, הבניה בג'בל אל באבא אינה בניה פרועה, היא אינה נועדה להשתלטות על אדמות פרטיות או אדמות מדינה אלא היא בניה היסטורית שהיתה קיימת עוד לפני 1967 והתפתחה עם השנים באותו מיקום, באותו הסדר, על פי אורח החיים הבדואי. אין מדובר בבניה עבריינית שמתרבה בקצב מכוון או מוכוון אלא באופן המשקף את צרכיה הבסיסיים ביותר של האוכלוסיה. אין מדובר בוילות, אין מדובר במדשאות, בריכות וכדומה. מדובר אך ורק במבני מגורים ומבנים קטנים המשמשים למטבחים, פאנלים סולאריים ומבני שירותים. אין ספק כי כל בן אנוש החי על פני האדמה זכאי למבנים אלו המשרתים צרכים הומינטריים והומאניים בעיקר תחת שלטון צבאי.

משפחת סיאילה:

86. על פי צילומי אוויר ישנים שנמצאו והמכסים את האיזור על ידי עמותת במקום (ע/18), ולאורך שנים קיימת עדות להתפתחות מעניינת של ה"שכונה" של משפחת סיאילה. כבר בשנת 1970 קיימת עדות לנוכחות של אוהלים וכן פעילות חקלאית ודירים עם שטח מגודר לעדרים. עיקר הפעילות מרוכז אצל משפחת סיאילה הנמצאים במרכז הכפר. האוהלים של המשפחה נבנו כבר הופיעו בשנת 1970 וגם רואים אותם בשנת 1978.

87. סלמאן סיאילה היה הראשון מביניהם שהגיע לאזור זה לאחר הגירוש בשנת 1948 לטענתם, והוא עודדו גר באותו בית מאז ועד עצם היום הזה.

88. המשפחה המשיכה להתפתח ולגדול בשנים שאחרי באותו מיקום וסביב אותו גלעין עד עצם היום הזה. הגידול נעשה באופן טבעי כמעט לחלוטין, של ילדים שמתחתנים ומביאים צאצאים. בשנים אלה אנו רואים זרימה חופשית בשטח ונגישות נוחה לאדמות מרעה באזור הרחב.

משפחת מזארה:

89. אותו מצב נראה במשפחת מזארה, כאשר אנו עדים לנוכחות שלהם בשנת 1970 (מזארה מערב) במרכז הקהילה, במקום שיושבת משפחת אבו עווידה כיום, ובמערות בשטח הדרום מזרחי של הקהילה, במקום בו חלקם ממשיכים להתיישב עד עצם יום זה. כמו כן באותה תקופה אנו עדים לנוכחות התחלתית באזור הרחבה הצמודה לחלקת הוותיקן מכיוון מזרח כיום (מזארה מזרח), במקום שמשפחת מזארה ממשיכה להתקיים עד עצם יום זה גם כן. משפחת אל עווידאת (מניזל סאלם אל-עווידאת ז"ל סבו של העותר מס' 1 מצד אימו) היתה מבין שתי המשפחות הראשונות, שהגיעו לשטח והתיישבו בו קבע וקנו אדמה כבר בשנות ה-50 של המאה הקודמת, והתחתנו עם משפחת מזארה. שניים

מבין שלושת המוקדים הראשוניים שהתפתחו, המשיכו להוות גלעין של פיתוח שכונות משפחת מזרעה עד עצם יום זה, השלישי נהפך למוקד למשפחת פרייחאט אך הבעלות נשארה בבעלות של אל-עווידאט. המערות הנמצאות בדרום מזרח האזור שימשו בעבר ועוד משמשים עד עצם יום זה כמקלט חורף לעדרים, והאזור אף הוא משמש כעיזבת חורף בקצה המוגן והחמים יותר של ההר.

90. ניידות בתים נראית בבירור בתצ"א שהוכנה על ידי עמותת במקום למשפחת מזרעה מזרח ומערב (ע/17): ביוני 1978 אנו עדים למספר בתים של משפחת מזרעה בשטח המערבי שצמוד לחלקת הוותיקן מכיוון מזרח, בתצלום אויר מעונת הקיץ, בה מזג האויר נעים ונוח המתאים הן למשפחות והן לעדרים. באוקטובר 1982 הבתים בשטח זה נעלמו, בעוד רואים הרחבה והוספה של מספר בתים בו זמנית באזור הנמצא ליד המערות בדרום מזרח הקהילה. באפריל 1989 שוב נראית נוכחות באזור מזרעה מערב, כאשר באותו זמן רואים שמספר המבנים ליד המערות במזרח צומצם והוקטן. תופעה זו של מבנים זזים מדגיש את אורח החיים הבדואי של מעבר למגורים עונתיים (עיזבה עונתית) בין העונות השונות לאורך השנים. כמובן לאורך השנים ובאופן טבעי היה צורך להוסיף עוד בתים ולא רק להעביר את אותם בתים מתוך צורך באכלוס עוד נפשות מאותה משפחה שגדלה ומתרחבת באופן טבעי. בנים שמתחתנים בונים להם חדר לגור בו ואינם יכולים מפאת צנעת הפרט להתגורר נשואים באותו חדר עם הוריהם.

91. המעבר העונתי המשיך עד שנת 1992-1993 עם סלילת דרך מעלה אדומים, תחילת איזורי A, B – C על פי הסכם אוסלו וכן המעבר לבניה בלוחות עץ, פחונים וקורות עץ במקום האוהלים, כחלק מחישוב הוצאות כלכליות והמעבר לחיים סמי-נוודיים. אז הפסיקה משפחת מזרעה את פירוק הבתים כל פעם מחדש על מנת להרכיבם במיקום השני, ובני המשפחה העדיפו לבנות שני בתים במקביל בשני האזורים המתאימים לכל עונות השנה, והסתפקו לעבור בעצמם עם העדרים בלי צורך לפרק ולהרכיב כל פעם מחדש.

92. הקמה והרחבה של מעלה אדומים בין השנים 1975-1982 בעקבות הכרזה על שטחים נרחבים באזור כאדמות מדינה, גרמה לשינויים באורח החיים הבדואי של תושבי ג'בל אל באבא בכלל. בתצלום האוויר מאוקטובר 1982 אנו רואים שהחלה הסלילה בכביש מס' 1 המחבר את מעלה אדומים עם ירושלים. דבר המשפיע על נגישות לשטחי המרעה הצפוניים. בנובמבר 1985 אנו רואים כבר את המקטע הזה של כביש מס' 1 מתחבר לדרך הישנה (דרך הר הצופים בתוך מעלה אדומים כיום) המובילה לאזור מעלה אדומים, מזרחית לדרך הקיימת כיום. בשנת 1992 דרך מס' 417 המובילה למעלה אדומים קיבלה תוקף, ובשנת 1994 כבר רואים התחלה של סלילתה ורואים אותה כמעט גמורה ואת החיבור שלה לדרך מס' 1 בדצמבר 1995. כך מצומצמות אדמות המרעה בפני העדרים צפונה ומזרחה. ובהמשך בשנת 2000 אנו רואים סימנים של תוואי הגדר הראשון אשר השתנה בהמשך. תוואי זה עבר באמצע גובה ההר בערך וחדר לתוכו כאשר הוא משאיר את הקהילה בג'בל אל באבא בצד הפלסטיני של גדר ההפרדה.

93. התוצאה היא תחילת האפשרויות המרעה בין כביש מס' 1 מצפון, כביש 417 ממזרח, ואדי אל ג'ימל מדרום ואלעזרייה מצפון מערב, מערב ודרום מערב. המצב נשאר כך עד לשינוי תוואי הגדר בשנת 2000, כך שג'בל אל באבא והאזור הדרומי לכביש מס' 1 כרגע נכלאים בתוך המובלעת של מעלה אדומים ונשארים בצד הישראלי של הגדר. כתוצאה מכך המרעה מוגבל עוד יותר ומצטמצם לאזור זה שבתוך הגדר בלבד. העדרים כמובן לא יכולים לעבור את תוואי הבסיס של הגדר. כרגע המרעה נכלא בין כביש מס' 1 מצפון, כביש 417 ממזרח ותוואי הגדר משאר הכיוונים. צמצום משמעותי זה של הנגישות למרעה הגביל גם את התנועה בתוך המרחב ולפעמים אף הכריח את המשפחות שהיו עוברות לעיזבה להישאר במקומן ולהפסיק את המעבר העונתי לעיזבה.

94. מכאן, שאת אופי הבניה ומיקומה יש לנתח לא במובנים של השתלטות על קרקעות אלא במובנים של שילוב בין אורח חיים מסורתי, אילוצים חיצוניים לקהילה עקב שינויים פיזיים במרחב וגידול טבעי כמובן. כל זאת, כאשר המשיבים מתעלמים מקיומה של קהילה בדואית שוקקת חיים, תושבי ג'בל אל באבא וזאת, בכל צעדיהם, מדיניותם והתנהלותם הן ברמת התכנון, הן ברמה המוניציפלית והן ברמת האכיפה.

ברמת האכיפה – הכפר הבדואי השני המאויים ביותר בסכנת העברה בכפיה

95. ברמת האכיפה הישוב ג'בל אל באבא הינו הישוב הבדואי השני המאויים ביותר בסכנת העברה בכפיה מתוך 46 הישובים הבדואים במרכז הגדה המערבית הסובלים מסכנה זו. בין ינואר 2009 ועד אוקטובר 2017 ניטר ארגון האומות המאוחדות לתיאום עניינים הומניטריים (UNOCHA) על פי מידע שהתקבל אצל העותר מס' 1, 14 ימי הריסות והחרמת מבנים, כאשר השנה האחרונה ראתה עליה חדה באירועים אלו מצד המנהל האזרחי. סה"כ נהרס/הוחרמו 50 מבנים ורכוש בישוב, כולל מבנים שנבנו מסיבות הומניטריות, כולל 33 מבני מגורים, וכן דירים, מבני שירותים, ואף גן ילדים. אין חולק, כי מדובר בהיקף נרחב יחסית לישוב לא גדול, הקיים מזה עשרות בשנים, ללא מציאת פתרון לבני האנוש המתגוררים בו.

הליכי תכנון והסדרה לישוב ג'בל אל באבא

96. לאור מצוקת הדיור והצרכים החברתיים-כלכליים הבווערים של עיריית עזריה העיריה יזמה תיקון והחרבה של תכנית המתאר לעיר כך שכללה את חלקה הצפוני וההתיישבות הבדואית בכפר ג'בל אל באבא בתוכו. כך בינואר, מאי ויולי 2017 הגישה טיוטות של

גבולות התכנית למנהל האזרחי, בתכנית 1364/1 (ראו ע/22-20 בהתאמה). מכאן שמתנהלים הליכי תכנון תלויים ועומדים בכל הנוגע לתכנית זו.

97. עוד טרם שהגישה העיריה את תכנית המתאר לדיון בשנים 2015-2016 החלה עמותת במקום לערוך תכנית מתארית ראשונית לישוב היא התכנית הרעיונית.

98. במסגרת התכתבות בעניין הסדרת ההתיישבות לכפר ג'בל אל באבא כתב עו"ד שלמה לקר, ב"כ הקהילה בזמנו, בפניה לרכזת ועדת המשנה לפיקוח על הבניה מיום 13.7.2017, כי

4. אוסיף עוד כי בכוונת שתי הקהילות העותרות להגיש בקרוב הצעה מטעמם להסדרם מגוריהם, זאת מטעם גורם תכנוני המקובל עליהן.

ראו נספח 4(ב) לבקשה לבזיון בית המשפט, מכתב מעו"ד לקר לאנני דהאן מיום 13.7.2017 (ע/9).

99. במסגרת ההשגה צורפה התכנית, שערכה עמותת במקום וכן התבקש בהשגה להאריך את המועד להגשת תכנית מפורטת על בסיס מפת מדידה שתערך, כחלק מההשגה הנוכחית, בהמשך לתכנית הרעיונית בעוד שישה חודשים.

100. למרות היות התכנית של תושבי ג'בל אל באבא בפני המשיבים, ולמרות שידעו על כוונת התושבים להגישה, התייחסותם של המשיבים בדחייתם את ההשגה היתה לאקונית ובלתי סבירה בעליל, כפי שיפורט בחלק של מיצוי ההליכים.

101. בתכנית נכתב, כי "תכנית זו שואפת להתמודד עם נסיונות עבר כושלים של הרשויות להעברה בכפיה למיקום חדש של אוכלוסיית הכפר בפרט, והאוכלוסיה הבדואית בכלל. העברה בכפיה, ריכוז אוכלוסייה וציפופה אינם מהווים פתרון תכנוני הולם עבור האוכלוסיה הבדואית" (עמוד 1 לתכנית).

102. התכנית סוקרת את מאפייני ההתיישבות הבדואית ממזרח לירושלים כולל הפריסה המרחבית, הארגון הפנימי של התחום המשפחתי, עקרונות של התרבות הבדואית כגון הדאגה לצנעת הפרט וההפרדה הפיזית בין מתחמי המגורים והצורך במרחב לגידול עדרים. היא אף לוקחת בחשבון את צמצום שטחי שבט הג'האלין לאורך השנים והשפעתו על הקהילה. לאחר שהתכנית סוקרת שלושה תרחישים אפשריים בעניין עתיד הישוב, היא קובעת, כי "טובת האוכלוסיה וקידום היכולת שלה להתפתח ולשגשג מחייבים לבחור בתרחיש השלישי של הכרה ותכנון מותאם. לפיכך, כל מהלך תכנוני שאינו מביא בחשבון את מרכיבי החיים של הבדואים ותרבותם, ואשר אנו משתף את התושבים עצמם בתכנון המרחב, נדון מראש לכשלון" (עמוד 11 לתכנית).

103. התכנית קובעת מספר עקרונות לתכנון השטח:
א. שיתוף הקהילות בקביעת עתידן ובעיצוב המרחב
ב. הכרה בכפר הבדאי כסוג התיישבות ייחודי, בעל מאפיינים תרבותיים ומרחביים מובהקים.
ג. התחשבות באורח החיים הבדואי

104. התכנית המתארית הראשונית מהווה בסיס לתכנון סטוטורי לצורך הסדרת היישוב במקומו, אשר יזם הועד המקומי לצורך פניה לגורמי התכנון במנהל האזרחי בחצי שנה הקרובה. תכנון זה כשיוגש, יפרוס בפני גורמי התכנון והמפקד הצבאי נתונים בנוגע לאוכלוסיה וצרכיה לצורך הפעלת שיקול דעת מחודש באשר לצורך בהוצאת ההכרזה הנוכחית. זאת, מבלי לפגוע בטיעונים האחרים שהועלו בהשגה ומועלים בעתירה הנוכחית כנגד עצם חוקיות ההכרזה.
105. הוא אף מציג ביתר פירוט את הסכמת בעלי הקרקעות הפרטיות להתיישבות האוכלוסיה הבדואית כחלק מהליך התכנון המפורט.
106. תכנון מוצלח במקום של אי-תכנון לקהילה הבדואית, ייתר העברת התושבים בכפיה ממקומותיהם ויאפשר להם להמשיך ולקיים את חייהם כפי שעשו מזה עשרות שנים במקום ויהווה פתרון לבניה ללא היתר, אליה נאלצים תושבי היישוב לפנות במצבם הנוכחי.

תכנית מתאר מעלה אדומים

107. יודגש, כי תכנון מעלה אדומים והרחבתה במסגרת 1E נעשה בזמנו תוך התעלמות מהקהילות הבדואיות ו/או אי ידיעה על קיומן ובוודאי שלא מתוך תפיסה המכירה בצורך לאפשר את אורח חייהם הייחודי, שיתוף הציבור הפלסטיני בתכנון על פי נוהל שיתופם של תושבי האיזור בתכנון (יהודה והשומרון), התשע"ד – 2014 והצורך בפתרון מוסכם כפי שהודגש בפסיקה לאחרונה בין אם כדי למנוע אלימות והפרת הסדר הציבורי ובין אם כשיקול עצמאי (בג"צ 749/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל, טרם פורסם, ניתן ביום 31.10.17).
108. בכל מקרה, נכון להיום תכנית 420/4 הינה תכנית מתארית שמתוכה לא ניתן להוציא היתרי בניה ובכל מקרה אין תכניות מפורטות בשטח ג'בל אל באבא שבו ממוקמת הקהילה.
109. ייעוד השטח של ג'בל אל באבא במסגרת תכנית 420/4 הוא ל"פרויקט מיוחד" ולשטח פתוח ואין כל סיבה מדוע הכפר הבדואי ג'בל אל באבא לא יהיה מאושר במסגרת זו, במסגרת התכנית המפורטת שתוגש.
110. ראוי לזכור, כי קיים תקדים באיזור מעלה אדומים בדיוק לקהילה בדואית אחרת. כך תכנית אל ג'בל מערב 1627/6 הוכנה עבור תושבים בדואים כתיקון של תכנית 420/4

והפכה יעוד קרקע של מרכז תחזוקה, בטיחות והצלה איזורי לאיזור מגורים – כך ניתן

לעשות במקרה זה

111. על כן, קיימים סיכויי הסדרה טובים בהקשר זה, שעל גורמי התכנון במנהל האזרחי ובוודאי המפקד הצבאי לשקול, בעצמם את שיקולי התכנון עוד טרם שהם מפרסמים ובוודאי עוד טרם שהם מיישמים את ההכרזה. זאת, כחלק מחובותיו לקיום הסדר הציבורי ורווחת האוכלוסיה הפלסטינית המקומית במסגרת סעיף 43 לתקנות האג הנלוות לאמנת האג הרביעית בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907.

מיצוי הליכים

הגשת השגה

112. בעקבות פרסום ההכרזה הוגשה השגה על ידי העותר מס' 1 (ע/12) כראש הועד המקומי בג'בל אל באבא, המוכר ככזה על ידי הרשות הפלסטינית, כאשר צוין במפורש שהוא מגיש את ההשגה בשם ועד תושבי ג'בל אל באבא, הגוף המייצג את כלל המשפחות והתושבים בכפר.

113. ההכרזה נסמכה על תצהיר העותר מס' 1, מכתב מעיריית עזריה מיום 26.10.2017 המבטא את הסכמת בעלי הקרקע להתיישבות הקהילה הבדואית על אדמותיהם הפרטיות (ע/15) וכן תכנית מתארית ראשונית שהוכנה על ידי עמותת במקום (ע/23).

114. ההשגה כללה רקע על הישוב כולל מבחינה קניינית כאשר צוין במפורש כי "לאור פרק הזמן הקצר להגשת ההשגה לא היה סיפק בידי המשיג להשיג את מסמכי המקרקעין התומכים בהשגה, כיוון שאלו אינם ברשותו, והוא שומר לעצמו את הזכות להגיש מסמכים המעידים על בעלות פרטית וח'זינה וכן תחום אדמות הותיקן בתחום ההכרזה" (סעיף 6 להשגה).

115. כמו כן פורטו הליכי התכנון ההסדרה לישוב וצורפה התכנית הרעיונית שהוכנה על ידי עמותת במקום.

116. פורטו ההליכים המשפטיים התלויים ועומדים בעניין מבנים בלתי מורשים בכפר.

117. כמו כן הודגש בסעיף 23 להשגה כי "על פי מידע שהתקבל אצל הח"מ מעו"ד לקר בענייני של העותר מס' 2 (בב"ח 116/17) הוא התחיל בטיפול לשיקום המבנים שנהרסו מאחר ובוצעה הריסה שלא כדין, בניגוד להתחייבות המופיעה על גבי הטופס, לפי מיטב ידיעת הח"מ טרם ניתנה תשובה בעניין זה".

118. בהשגה נטען, כי תיקון מס' 4 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים וכן ההכרזה עצמה הם בלתי חוקיים ומפרים את החובות ההומניטריות של המפקד הצבאי באיזור (סעיפים 24-25 להשגה)

119. הודגש, כי תושבי ג'בל אל באבא הינם אוכלוסיה ילידית במובן הצהרת האו"ם בדבר הגנה על עמים ילידים משנת 2007 ועל כן היא נהנית מהגנה מיוחדת מפני העברה בכפיה, גם אם היא נמצאת במקום אליה היא נעקרה ולא על אדמתה ההיסטורית (סעיף 26 להשגה)
120. הודגשה חו"ד פרופ' איל בנבנישתי בעניין סוסיא מיוני 2012 (סעיף 27 להשגה) וכי הן התיקון שמטרתו להעביר בכפיה תושבים מוגנים ממקומם והן ההכרזה הם בלתי חוקיים ומהווים הפרה חמורה של אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 (סעיף 28-29 להשגה).
121. בהשגה הועלו מספר עקרונות של המשפט הציבורי הישראלי שהמפקד הצבאי הפר: איסור על תחולה רטרואקטיבית של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים על מבנים שהוקמו עד ליום 22.11.2015, בטלותה של ההכרזה מפאת חוסר יכולתה לקיים את מטרת הצו שעל בסיסו הוצאה (סעיף 30-33 להשגה).
122. כמו כן נטען, כי הפעלת הצו במקרה הנוכחי הינו חריגה מסמכות, כיוון שבמקרה הנדון לא ננקטה פעולה חמקנית על ידי התושבים להזזת מבנים יבילים או לחילופין מדובר בהפעלת סמכות באופן שאינו סביר בעליל ויורד לשורש חוקיות ההליך המינהלי (סעיף 34-37)
123. בנוסף נטען לחוסר תחולה של סעיף 3 להכרזה על תושבי הכפר כיוון ששהייתם אינה אסורה.
124. נטען לאכיפה בררנית ופסולה, בלתי סבירה ובלתי מידתית, עוקפת בג"צ שנעשתה בניגוד להבטחה שלטונית, כפי שקרה במקרה של בב"ח 116-117/17 לגבי העותר מס' 2 ובהיקש לעותר מס' 3 (סעיפים 38-45).
125. הודגש, כי יש לראות את ההכרזה כחלק מסדרת אמצעי אכיפה המופעלים כנגד תושבי הכפר ואת אי סבירותה ומידתיותה. נטען כי במקרה הנוכחי מדובר בפגם משמעותי בהתנהלות המפקד הצבאי והמנהל האזרחי.
126. הודגש פרסום ההכרזה כנסיין עקיפה של הליכים משפטיים תלויים ועומדים בניגוד ותוך ביזוי החלטות בג"צ, הצהרות פרקליטי המדינה בהליכים המתנהלים בפני בג"צ בדבר כיבוד החלטות אלו ופניות שטרם נענו של עו"ד לקר והח"מ.
127. ההשגה קבעה, כי הפעלת הצו כדי להתמודד ממבנים בלתי מורשים בכפר מתעלמת מקיומה של אפליה ואף מחזקת אותה הן במנגנון התכנוני והן במנגנון הפיקוח והאכיפה במנהל האזרחי (סעיף 46 להשגה).
128. במיוחד הובא ניתוח של עמותת במקום שעל פיו "הבניה הבדואית ביישוב הינה מוסדרת, כמעט לא יוצאת מהתחומים של המפשחות ומתנהלות בקבצב הגיוני מבחינת התפתחות הקהילה, לפי הצורך בלבד ובהתאם לגידול הטבעי בקהילה, לא בצורה מופרעת ואף לא מופרכת" (סעיף 48 להשגה). "ההכרזה באה להחריב יישוב חי וקיים, תוסס ובעל מאפיינים תרבותיים יחודיים, שבינו לבין התשפטות פוליטית כביכול והתרסה כנגד רושיות אכיפת החוק אין כל דבר ועניין. להיפך, מדיניות אי ההכרה וההרס של המנהל האזרחי היא זו אשר מובילה לשרשרת בלתי נגמרת שאותה גם ההכרזה הנוכחית

לא תוכל לעצור, אלא אם ינוקה השטח לחלוטין מבני אנוש במבצע צבאי נרחב" (סעיף 51 להשגה).

129. באופן ספציפי הודגש, כי ההכרזה אינה חלה על אדמות פלסטיניות פרטיות, על פי תשובת המדינה בבג"צ 7891/07 שלום עכשיו נ' שר הבטחון מיום 7.3.2011 (פורסם בגבו 18.11.2013).

130. לבסוף הועלתה הפגיעה בעקרון עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת בשל פרסומים בתקשורת, שמהם ניתן להסיק כי ראש הממשלה הנחה בעצמו את גורמי אכיפת החוק להעביר את התושבים ממקומם, תוך שמצוין כי, "אין בסמכות ראש הממשלה לקבוע כי קהילה ספציפית דינה פינוי – אלא הסמכות שמורה למפקד הצבאי, ושר הבטחון עצמו, בגדר המותר על פי הדין הבינלאומי המנהגי והמשפט הציבורי הישראלי (סעיף 55-58 להשגה).

131. בסוף ההשגה התבקשה קבלת ההשגה וביטול תיקון מס' 4 וכן ההכרזה.

132. לכל הפחות התבקש לבטל את ההכרזה או להתיר השארות המבנים שעניינם תלוי ועומד בבג"צים 3063/14 ו- 3536/16 ובבקשות של הח"מ בעניין בב"חים 112, 114-118/17.

133. התבקש לאפשר בניה של מבנים שנהרסו בניגוד להבטחה שלטונית שניתצנה בעקבות מילוי הטופס כגון בעניין בב"ח 116/17 של העותר מס' 3 ובהיקש מכך בבב"ח 117/17 של העותר מס' 2 לעתירה זו.

134. בנוסף התבקש פרק זמן של שלושה חודשים לצורך מיפוי בנים יבילים קיימים (סעיף 61 להשגה) ולהגשת מסמכים נוספים התומכים בהשגה לצורך ביצוע פעולות בתחום מיפוי ומדידה של מבנים, השלמת מסמכים המעידים על זכויות במקרקעין והשלמת טיעונים ככל שהדבר ידרש בעקבות קבלת מסמכים מעו"ד לקר, שייצג את הקהילה לפני כן (עמוד 18 להשגה).

135. התבקשה הארכת המועד להגשת תכנית מפורטת על בסיס מפת מדידה שתערך, כחלק מההשגה הנוכחית ובהמשך לתכנית הרעיונית – בעוד שישה חודשים.

136. אף התבקש דיון בהשגה כולל בנוכחות ועד הישוב והח"מ (עמוד 18 להשגה).

137. באותו היום נשלחו טיעונים משלימים שהוסיפו את הטיעונים הבאים. ראשית, פגיעה בהליך הוגן עקב אופן פרסום ההכרזה בשל כך שההשגה לא פורסמה לבעלי הליכים פרטניים אלא על יתד אחד מול בית ראש הוועד, ובייחוד כאשר הנציגות של הוועד המקומי אינה מוכרת על ידי המנהל האזרחי.

138. בנוסף נטען כי הפעלת איסור מידי בסעיף 4 להכרזה לביצוע פעולות בינוי או כניסת אדם או הכנסת רכוש לתחום ההכרזה לצורך ביצוע פעולות בינוי מונעת בניה מחדש לאור הריסה בלתי חוקית כמו במקרה של בב"ח 116/17. נטען, כי האיסור אינו מבחין בין פעולות בינוי שדורשות ואלו שאינן דורשות היתר, וכי האיסור הגורף אינו מאפשר שיקול דעת למפקד הצבאי להתיר ואף ליתן פטור מהיתר בניה, בייחוד בנסיבות חריגות כגון מצב הומניטרי של האוכלוסיה או מבנים

הנחוצים להשרדות האוכלוסיה, שאספקתם הינו חובה מינהגית על המפקד הצבאי. מכאן עולות עילות נוספות לקבלת ההשגה, ביטול תיקון מס' 4 וביטול ההכרזה גם כן.

דחיית ההשגה

139. ביום 6.12.2017 נמסר מענה להשגה הדוחה את ההשגה נגד צו התיחום (ע/13) כאשר היא מתייחסת באופן סלקטיבי רק לחלק מהטענות שהועלו בהשגה, כפי שיפורט להלן.
140. ראשית המענה להשגה היה כמעט העתקה של המענה להשגה, שניתנה במקרה של עין אל חילוואה ואום ג'מאל בבקעת הירדן, שנדחתה אף היא ובגינה הוגשה עתירה תלויה ועומדת בבג"צ 9785/17 מועצה כפרית אלמאלח נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (קבוע לדיון ביום 14.5.2018). זאת, ללא התייחסו לכל הטענות שהועלו בהשגה.
141. שנית, למרות שנכתב במפורש, כי ההגשה הוגשה בשם ראש הוועד המקומי בתוקף תפקידו הציבורי כמייצג את קהילתו, שאת מבני תושביה ההכרזה תחמה, במענה להשגה נכתב כי "לא ברור מיהם מרשייך פרט למר עטאללה חסין עודה מזרעה". יודגש, כי מענה זה תמוה בעיקר לאור העובדה, שהצו עצמו לא ניתן פרטנית לתושבים ספציפיים והונח ממול לביתו של ראש הוועד בלבד. מכאן עולה בדיוק הטענה של העותרים, בדבר הפגיעה בהליך הוגן של תושבי הכפר המנהלים הליכים ספציפיים ולא ברור על מה מלינים המשיבים בהשגה, כאשר הם אלו אשר קבעו את הנהלים להוציא צו קולקטיבי יחיד לקהילה שלמה.
142. בסעיפים 5 ו-6 מציינים את העובדה, כי להשגה לא צורפו האסמכתאות והמסמכים הנדרשים בהתאם לסעיף 9(ב) להכרזה וסעיף 10(א) לצו בדבר מבנים בלתי מורשים וכן לא צורפו מסמכים המוכיחים את זכויותיו של מרשי במקרקעין ולא צורפו היתרים למבנים, כי התכנית הראיונית שטרם הוגשה ללשכת התכנון אינה תחליף להיר בנה כדין וכי דן בכך כדי לדחות את ההשגה.
143. בכל הנוגע לטענה בדבר העדר איסור שהיה לתושבי השטח המתוחם המהווה היתר שהיה ועל כן מותר על פי סעיף 6(ג) לצו בדבר מבנים בלתי מורשים יישום סעיף 5 לצו (הוצאת רכוש) שהוא סעיף 3 להכרזה בתום שמונה ימים ממועד פרסום ההכרזה - המענה להשגה מטעם נציג היועמ"ש קבע, כי סעיף 6(ג) "דורש מתן היתר באופן פוזיטיבי וכל היתר כאמור לא ניתן למרשייך או לגורם אחר, על ידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש" (הדגשה במקור – נע"ש).
144. המשיבים דחו את הטענה בדבר הפרת האיסור על העברה בכפיה על פי סעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר גירוש או העברה כפיה של תושבים מוגנים. זאת, מכיוון שלשיטתם האיסור "נועד בכדי להגן על תושבים מוגנים המתגוררים במקום מסוים בהתאם לדין. ודוק, סעיף זה לא מיועד לספק לתושב מוגן או לגורם אחר, חסינות או הגנה מוחלטת, מפני הדין המקומי, תוך שהוא מתיר להקים מבנים בלתי חוקיים, בכל מקום שיחפוץ מאן דהוא להקיםם".

145. המשיבים דחו את הטענה בדבר אפליה ואכיפה בררנית והפרת זכויות טיעון.
146. לבסוף המשיבים הגהירו כי "ביחס למבנים שכלפיהם הוצאו צוים שיפוטיים או ניתנו התחייבויות כאלו או אחרות של רשויות האזור, כמו גם מבנים שכלפיהם קיימים הליכים תלויים ועומדים מול רשויות האזור, לא תתבצע בשלב זה אכיפה בתחומו של צו התציוחום, כל עוד לא יחול שינוי בנסיבות הרלבנטיות".

הטיעון המשפטי

הרקע לחקיקת צו בדבר מבנים בלתי מורשים (מס' 1539), 2003 – לא התאמה והחלה שוויונית אלא חריגה מסמכות והפעלת סמכות מפלה, בלתי סבירה בעליל ואכיפה בררנית

147. ההיסטוריה החקיקתית וכן האלמנטים העיקריים, שעל בסיסם חוקק הצו בדבר מבנים בלתי מורשים שונים לחלוטין מאלו שבגינם פורסמה הכרזה ביום 16.11.2017 כנגד קהילת ג'בל אל באבא. בשום אופן הכפר ג'בל אל באבא אינו מהווה "מאחז בלתי מורשה" לצורך הצדקת תיקון מס' 4 לצו ופרסום ההכרזה.
148. העותרים ותושבי הכפר אינם מבקשים להפלות קבוצות אחרות לרעה אלא להדגיש, כי מדובר באבחנות של שונות המצדיקות הפעלת אמצעים שונים כלפי כל אוכלוסיה, כפי שיפורט בהמשך. באותה מידה, הצו אינו מופעל כלפי שכונות בהתנחלויות מורשות למרות, שתיאורטית הדבר אפשרי, מפאת מטרתו השונה. כך הצו אסור לו שיופנה כלפי אוכלוסיה פלסטינית-בדואית כגון ג'בל אל באבא, מפאת המטרות השונות מחד, ומעמד האוכלוסיה הבדואית כתושבים מוגנים שלגביהם חלים איסורים וחובות ספציפיים ייחודיים על השלטון הכובש בתפיסה לוחמתית זמנית, ובהעדר ריבונות, שאין חלות על מתנחלים כאזרחי המעצמה הכובשת.
149. דו"ח ששון בדבר מאחזים בלתי מורשים משנת 2005 פרט את ההיסטוריה החקיקתית של הצו (עמודים 288-289). ראשית, הרקע לחקיקת הצו היתה החלטת ממשלה שהתייחסה למאחזים מבודדים שלא ברצף לשטח מבונה. במקרה של ג'בל אל באבא מדובר בהתיישבות המרוחקת כ- 150 מטר מהעיר עיזריה וממשיכה התיישבות בדואית בצפון העיר, נסמכת לחלוטין על שירותים מהעיר ומהווה חלק בלתי נפרד ממנה, כפי שמתואר בתכנית המתאר שלעזריה מקדמת למול המנהל האזרחי.

החלטה מספר הת/2 של ועדת שרים להתיישבות ביש"ע מיום 10.10.99 שאומצה על ידי הממשלה (ממשלת ברק) בהחלטה 471, קבעה כלהלן:

"סוגיית המאחזים ביהודה ושומרון

מחליטים, להסמיך את ראש הממשלה ושר הביטחון לפעול על פי סמכותו ומיקול דעתו בכל הקשור להקמת יישובים/טאחזים/מבדדים שלא ברצף לשטח מכונה ש"מ יישובים קיימים ביהודה ושומרון שהוקמו באזור יהודה ושומרון, בהתחשב ובהתבסס, בין היתר, על ההיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלוונטיים".

החלטת 2001 היא ההחלטה בדבר מפת הדרכים מיום 25.5.03 בה התחייבה ממשלת ישראל בכפוף להערות שמסרה לממשל האמריקאי כחלק בלתי נפרד מההחלטה, ובכפוף למילוי תנאים הנזכרים בנוסח ההערות שמסרה ישראל לעיון הממשל האמריקאי, להקפיד התנחלויות ומאחזים בלתי חוקיים.

150. מטרת הצו לא היתה רק להתמודד עם נוהל בניה בלתי חוקית שמחייב הפעלת חוק התכנון הירדני ככתבו וכלשונו אלא פינוי המאחז לחלוטין. מכאן הפרקטיקה שאיתה התמודד הצו היתה ש"מיד לאחר פינוי המתיישבים, שפעלו מטעמים אידיאולוגיים – שבו והקימו את המאחזים מחדש באזור סמוך" - ראו להלן מודגש. המקרה של ג'בל אל באבא הוא שונה לחלוטין. לאור קיומו של הכפר מזה שנים רבות, תיקון מס' 4 שחוקק רק ביום 22.11.2015 אינו מאפשר הפעלתו רטרואקטיבית וממילא הליכים משפטיים מוגעים החלת הצו על כל המבנים בכפר.

151. לכן כמחצית מהמבנים ישארו בכפר ומכאן, שפינויו אינו אפשרי וחוקי ממילא. יודגש, כי בעוד המתנחלים פעלו מטעמים אידיאולוגיים, כל ההתיישבות בג'בל אל באבא נעשתה בנסיבות שונות הרבה לפני תחילת הכיבוש הצבאי והיא נעשית, כפי שפורט בדו"ח במקום, מסיבות של אורח חיים תרבותי-כלכלי-ילידי ייחודי ולא מטעמים אידיאולוגיים במובן לו התכוון המחוקק בחקיקת הצו. אף הפרקטיקה של הבניה שונה – כיוון שהתושבים הבדואים מקימים את המבנים שלהם על פי עונות השנה, צרכי המשפחה, הארגון המרחבי הבדואי שלו יש כללים ברורים ומוכרים וצרכי פיתוח בסיסיים. הצו בא למנוע השתלטות לשמה על אדמות, ללא כל קשר לצרכים בסיסיים כאלו או אחרים.

הרקע לחקיקת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים

צו מבנים בלתי מורשים חוקק בדצמבר 2003 בידי מפקד האזור, לאחר שראש הממשלה ושר הביטחון הנחו אותו להוקדש את הצו.

עד דצמבר 2003 נשענו הליכי פינוי מאחזים על נוהל בניה בלתי חוקית (נוהל בב"ח - ראה אזכור בפרק ראשון הבהרת מושגים; פרק רביעי בסעיף 4.2.4 בנושא הפיקוח; פרק תשיעי, סעיף 9.1.9 – בנושא צווי הריסה).

משנעשו ניסיונות במהלך שנת 2003 לפינוי מאחזים בלתי מורשים על בסיס נוהל זה, התברר כי אין הוא מתאים לטיפול בסיטואציה. מתברר כי מיד לאחר שרשויות המדינה פינו מאחז – שבו תושביו והקימוהו מחדש, והיה צריך להתחיל את תהליך נוהל בב"ח כולו מחדש.

נציגי המדינה הסבירו בבג"צ במסגרת תשובת המדינה לעתירה עקרונית שהוגשה נגד חקיקת צו בדבר מבנים בלתי מורשים כי הצו הוא תולדה של החלטת הדרג המדיני, לטפל באופן נמרץ יותר בתופעת המאחזים הבלתי מורשים ביהודה ושומרון. שחלק מהם אף הוקמו על אדמה בבעלות פלסטינית, ואת לאחר שנוכח כי פינויים תוך הסתמכות על הדיון הקיים לא צלח, שכן מיד לאחר פינוי המתיישבים, שפעלו מסעבים אידאולוגיים – שבו והקימו את המאחזים מחדש באזור סמוך. (ראה בג"צ 5853/04, אמנה ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל באזור ואח').

152. כפי שפורט בהשגה הרקע החקיקתי אף בא לידי ביטוי ב"סיכום דיוני ועדת החוקה חוק ומשפט בעניין הצו בדבר מבנים בלתי מורשים" מיום 5.2.2004 בועדת הכנסת לחוקה, חוק ומשפט. ביום זה ציין יועמ"ש איו"ש דאז במפורש את מטרת החוק ואת הפער בהפעלת חוקי התכנון והבניה אותו הוא ביקש לסגור. מכאן, שהצו מלכתחילה לא בא לעקוף את "דרך המלך" של אכיפת חוקי התכנון והבניה, ובוודאי שלא לעקוף את התמשכות ההליכים בבג"צ מסיבות שונות, או לעקוף את עומס התיקים בפרקליטות המדינה, ריבוי בניה ללא היתר לכשלעצמה במגזר הפלסטיני וכדומה. הצו חוקק לאור הצורך בהתמודדות עם סיטואציה משפטית מאוד ספציפית.

"ד. הסיבות שהניעו את הממשלה להורות לאלוף להוציא את הצו

היועץ המשפטי של האלוף, אל"מ פוליטיס נשאל בועדה מדוע היה צורך לשנות את כללי המשחק שהיו מקובלים ומוסכמים ולהוציא צו חדש. בדברי תשובתו אמר היועץ:

ישיבת ועדת החוקה 01/01/2004 עמ' 5 (ההדגשות שלי- נע"ש):

" הצורך בשנוי המצב נבע מכך שפנוי של המאחזים, להבדיל מפנוי של בניה בלתי חוקית אחרת פלשתינית, הוא בלתי אפשרי במסגרת הפעילות בשטח על פי הכלים הקיימים. אם אני מדבר על דיני התכנון והבניה, דיני תכנון ובניה נדלים על מבנה וכשהוא חל על מבנה ואם מדובר על מבנה מקובע אז אני

יודע שהמבנה הזה נמצא בשטח , הוא לא זז ולא נע ממקומו ממקום אחד למשנהו. שאני מדבר על המאחדים עפ"י אופיים , הקרוונים זזים ממקום למקום. הוצאתי צו הריסה , והדברים האלה היו במסגרת הבג"ץ, צו ההריסה מתייחס לנקודה מסויימת , צו ההריסה ביחס למבנה הזה שנמצא פה . צו ההריסה הזה ברגע שתתקבל ההחלטה על פינז , ואנחנו מדברים על כך שיפעל הכל בהתאם לחוק , אנחנו בוודאי נפעל בהתאם לחוק , השאלה מה קורה ביחס למי שמקבל את צו ההריסה כדת וכדין . הוא קיבל את צו ההריסה ועכשו הוא מזיז את הקרוון האם אני פועל על פי הרשאה חוקית כדי לפנות את הקרוון?

ובהמשך עמוד 6 :

" היה לנו מקרה של מאחז אחד , כ-1500 חיילים ושוטרים , על כל המשמעויות הכרוכות בכך , על כל המשמעויות שזה בודאי קשור לצבא וקשור לקופת המדינה , ... זה יצר קושי גדול ביותר לצבא שהכוחות רוכזו ובסופו של דבר ברגע האחרון , ואין לנו שום בעייה להתמודד עם זה בבג"ץ , התחילו הזזות ותזוזות ולא ניתן היה לבצע את הדבר והשאלות המבצעיות והתקציביות עלו על הפרק."

153. מכאן, שעל מנת להפעיל את הצו בדבר מבנים בלתי מורשים חובה על הרשות המוסמכת להראות, כי אכן התחילו הזזות של מבנים מצד תושבי ג'בל אל באבא, שאין מאפשרות הפעלת חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים מס' 79 לשנת 1966 (להלן- חוק התכנון הירדני). במקרה הנוכחי למרות שהיו מספר מבנים יבילים – שנתפסו אגב על פי נוהל הובלת מבנים יבילים מאפריל 2015 במסגרת בג"צ 3536/16 – בכל אופן לא ננקטה פעולה חמקנית של פינוי מבנים והשבתם לאיזור אחר על ידי התושבים. להיפך, כפי שפורט בחלק העובדתי, הנטייה של תושבי הכפר כיום היא דווקא להקים שני מבני קבע בשני מקומות מתאימים לצרכי המרעה והעונות, בשל הקושי להתמודד עם העדר תכנון, העדר היתרי בניה, העדר ייצוג בגופי התכנון, וקושי להמשיך ולקיים את אורח החיים הבדואי המסורתי עקב צמצום איזורי מרעה.

154. לא זאת אף זאת, תושבי הכפר אף עסקו בתקופה האחרונה בהכנת תכנית לצורך הסדרת היישוב באופן מוסדר וקבוע. אין מדובר ב"בדואים של גבעות" שמחליטים יש מאין להתיישב באיזור מסויים אלא בנסיבות פוסט מלחמת 1967 אליה נקלעו הפליטים, והתיישבו מלכתחילה על אדמות פרטיות של תושבי עיזריה בהסכמתם. בכל מקרה המשיבים לא הביאו בדל ראיה לכך שאין הסכמה של תושבי עיזריה ולא הראו מדוע למרות שיש בידם האפשרות להכשיר את הבניה, אין הם עושים דבר בעניין.

הרקע החקיקתי לתיקון מס' 4 – כנ"ל

155. חקיקתו של תיקון מס' 4 מפרה את עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי.

התיקון מהווה אפליה פסולה, כיוון שהוא מחיל את הצו באופן שווה על תושבים בעלי מעמד שונה, ובסיטואציות שונות לחלוטין. בכך הוא משווה בין שונים ללא כל בסיס עובדתי או הצדקה משפטית וחוקית.

156. על שוני זה עמדה השופטת דורנר בפסק הדין בבג"צ אמנה הנ"ל (פסקה 4, עמוד 6):

"התופעה של בניית מאחזים בלתי מורשים והקמה חוזרת שלהם לאחר פינוים מתקיימת אך בקרב מתיישבים אזרחי ישראל, ובכך די כדי להצדיק הבחנה בינם לבין האוכלוסייה המקומית.

אך עיקר בעיני הוא המעמד השונה בשטחי יהודה ושומרון של אזרחי מדינת ישראל ושל האוכלוסייה המקומית. ראשית, החקיקה הישראלית הבדילה בין מעמדם של אזרחי ישראל לבין מעמד האוכלוסייה המקומית, בכך שהחילה על הישראלים, באופן אישי, את חוקי מדינת ישראל, להוציא את התחיקה הנוגעת למקרקעין. אף הפער בנושא מקרקעין צומצם על ידי חקיקתו של המפקד הצבאי, שהעיק לישובים הישראלים בחלקים של יהודה ושומרון סמכות שלטון מקומי, כמקובל בישראל, מבלי לתת לישובים המקומיים באותו אזור סמכויות מקבילות או לשתפם במועצות הישראליות... שנית, לצד התניית ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון באישור רשויות המדינה זכו הישובים הישראלים להטבות מיוחדות, והמדנה השקיעה בבנייתם ובהרחבתם משאבים רבים, דבר שלא נעשה לגבי היישובים המקומיים. **בנסיבות אלה היחס השונה לשתי האוכלוסיות אינו מהווה הפליה, אלא הבחנה מותרת, שיסודה בשוני הרלוואנטי ביניהן.**" (הדגשות שלי – נע"ש)

157. מדברי השופטת עולה, כי ראשית ההצדקה להפעלת החקיקה על האוכלוסייה הפלסטינית

והבדואית בתוכה בגדה היא קיומה של תופעה לכאורה ולא מעשה של יחידים או תושבים רבים במספרם. במובן הזה קהילת ג'בל אל באבא דומה לקהילות אחרות במרחב מעלה אדומים **שאין היא נוצרה עקב עבריינות להשתלטות על קרקעות.** ג'בל אל באבא הוקם בסיטואציה של פוסט-מלחמה ללא התייחסות מאף גורם תכנוני או מוניציפלי באופן רציני כדי להשאירו במקומה ולמצוא פתרון מוסכם על האוכלוסייה המקומית. **מדובר בתופעה של הישרדות בתנאי מזג אויר קשים והעדר ייצוג באף גוף מוניציפלי ו/או תכנוני של אזרחים "שקופים".**

158. השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה בבג"צ אמנה הוסיפה והדגישה אלמנטים נוספים המחייבים כחלק ממטרתו של הצו. "ההתמודדות עם תופעת המאחזים הבלתי חוקיים אינה

יכולה לבוא על סיפוקה בעזרת מערך דיני התכנון והבנייה, משעניינה אינו מוגבל ורקית ככזו אלא היא מחייבת קיום אמצעים יעילים לבלמת השתלטות על שטחים – בין באמצעות בנייה בלתי חוקית ובין באמצעים אחרים. כצד דיני התכנון והבנייה, הדין המקומי באיזור העוסק בסילוק פולשים (צו מס' 1472 בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) משנת 1999) אף הוא אינו עונה לצורך הסיוע שלפנינו, ולו מן הטעם שהפעלתו מותנית לגבי קרקע פרטית ביוזמתו העצמאית של בעל הזכות בקרקע וזאת בתוך 30 יום מיום תפיסת הקרקע. כרי, כי בנסיבות הקיימות באיזור, יכולת מיצוייה של יוזמה כזו בידי בעלים פרטי נתונה בסימן שאלה, בין בשל העובדה כי, לא אחת, בעל הקרקע אינו מצוי באיזור או אינו מודע כלל לקיומה של פלישה שלא תמיד נתונים בידו אמצעים ויכולת ליוזם בעצמו פעולות מיצוי ופולש. בנוגעים הקיימים באיזור, מתחייב, איפוא, הסדר חקיקתי יסודי וכולל אשר יאפשר את המעקף הצבאי לפעול לצורך מיצוי השתלטות בלתי חוקית על שטחי קרקע באיזור, וההתמודדות עם תופעה זו אינה יכולה למצוא את פתרונה בהסדרי החקיקה הקיימים. בנסיבות אלה, חתקנתם של הצוים בידי המפקד הצבאי נדרשת כרגע למלא חסר הקיים בדין המקומי וכדי לאפשר חשגת התכלית אותה הם נועדו להשיג.

159. ראשית השופטת פרוקצ'יה קובעת כי מטרת הצו היא להתמודד עם תופעה, על ידי אזרחים ישראלים, שמטרתם השתלטות על שטחים. שנית, שהצו יועד לענות על מצוקת בעלי קרקעות פלסטיניים, שאינם יכולים למצות את זכותם להליך הוגן כנגד פולשים. במקרה דנן לא מדובר על בעלי קרקעות שאינם מודעים כלל למגורי האוכלוסיה הבדואית, להיפך הוא הדבר, אלו נותנים הסכמתם וגם עירית עיזריה והדבר מגובה במסמכים (ע/15 ו-16/ע) ונדרש פרק זמן נוסף לצורך המצאת מסמכים נוספים.

160. מכאן, שתיקון מס' 4 בא להחיל הסדר חקיקתי באופן שווה על סיטואציות שונות לחלוטין וכדברי דורנר "בנסיבות אלה היחס השונה לשתי האוכלוסיות אינו מהווה הפליה, אלא הבחנה מותרת, שיסודה בשוני הרלוואנטי ביניהן (עמוד 6 לפסק הדין אמנה.)

161. מכאן, שהוצאת ההכרזה נעשתה תוך חריגה מסמכות ולכל הפחות מדובר בהפעלת סמכות באופן שאינו סביר בעליל, מפלה, פוגע בעקרון היסוד של שוויון, ויורד לשורש חוקיות ההליך המינהלי לאור האבחנה בהיקף תחולתו העקרונית ומטרתו השונה של הצו מלכתחילה.

162. לאור המתואר לעיל ברור, כי לא הנסיבות המשפטיות-עובדתיות הספציפיות של הבניה בג'בל אל באבא הן שהביאו להפעלת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים אלא המניע העיקרי להפעלת הצו היה דווקא שיקולים של שוויון פרוצדורלי-טכני בלבד של זהות האוכלוסיה כנגדה מופעלת ההכרזה, כפי הנראה ממניעים פוליטיים לנקות את איזור מעלה אדומים מתושביו המוגנים לצורך התרחבות מעלה אדומים, מבלי לקחת בחשבון את האוכלוסיה המיועדת לפינוי מעמדה, צרכיה ומצבה הצפוי לאחר הפינוי הכפוי.

163. מכאן, שאקט ההתאמה כביכול בין החקיקה המופעלת על אוכלוסית המתנחלים גם לבדואים מהווה דווקא אכיפה בררנית ופסולה, המתבססת על זהות מחזיקי המבנים

הבלתי מורשים – קהילות פלסטיניות ככאלו - בניגוד למטרת החוק ולהיסטוריה החקיקתית שלו, ומכאן פסלותו.

164. במקרה הנוכחי על המפקד הצבאי היה להמשיך להתמודד עם קשיים תקציביים, עומסי עבודה וכדומה במסגרת החוקית המוקצית לפעולות מהסוג הזה כנגד מבני הקהילה, תוך קידום תכנון נאות לאוכלוסיה הבדואית של ג'בל אל באבא, במקומה ההיסטורי.

הפרת חובות המפקד הצבאי לפי המשפט המנהלי

חובת ההגנות ותום הלב של השלטון הצבאי

165. על המשיבים, הפועלים כרשות ציבורית, חלה חובה לנהוג בעותרים בהגנות ובתום לב. בהיותם עובדי ציבור של מדינת ישראל, הינם כפופים לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי. (ר' דברי כב' השופט שמגר בבג"צ 493,69/81 אבו עיטא ואח' נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פד"י (2) 197, 231).

166. הלכה למעשה, המשיבים מפירים את חובת ההגנות ותום הלב כאשר מחד הם לא פועלים באופן יזום לתכנון הקהילה בג'בל אל באבא במשך שנים כה רבות ומצד שני, מתעלמים מיוזמות תכנון כולל מפנית העותרים בבקשה לשקול את התכנית שהכינה עמותת במקום, שצורפה להשגה. בכך, הם דנים את התושבים להיות עבריינים ומתייחסים לצווי ההריסה כצווי פינוי בפועל.

167. מהרגע שהעותרים הודיעו למשיבים, כי עומדת להיות מוגשת באופן פורמלי תוכנית מפורטת לג'בל אל באבא, לאחר שעמל ומשאבים רבים הושקעו בתוכנית המתארית הראשונית של עמותת במקום, מתוך היכרות ולקחת צרכי הקהילה בחשבון, וכל עוד אין כל דחיפות הנראית לעין להריסת הקהילה על מבניה השונים, מדובר בהתנהלות חסרת תום לב בעליל של המשיבים.

168. דווקא במקרה של התיישבות בדואית שיש לה סיכוי להיות מוסדרת, על הרשות המנהלית לפעול בתום לב מוגבר תוך נקיטת צעדים חיוביים ואקטיביים להפעיל סמכות שבכוחה להגן על זכויות אדם ולאפשר צרכים בסיסיים הנחוצים להישרדות אוכלוסייה חלשה של תושבים מוגנים בשטח כבוש זה. במיוחד נכונים הדברים, כאשר תוצאות התעלמות המשיבים מהבקשה למתן אפשרות למצות את הליכי התכנון עלולה להוות העברה כפויה של תושבים מוגנים בשטח כבוש בימים הקרובים.

פגיעה בזכות הטיעון וההליך ההוגן של העותרים

169. במקרה דנן פוגעים המשיבים בזכות הטיעון וההליך ההוגן של העותרים ותושבי ג'בל אל באבא במספר היבטים.
170. באף מקום במענה להשגה אין התייחסות לבקשה המפורשת של העותר מס' 1 בשם תושבי הכפר, לתת פרק זמן ארכה להגשת המסמכים הנדרשים, כפי שמתבקש בפירוט בהגשה, ומפורט לעיל. אי התייחסות זו מהווה פגיעה קשה בזכות תושבי הכפר כולו להליך הוגן ויש בה כדי הטעיה של הקורא את המענה להשגה, כאילו מתן ארכה להגשת מסמכים לא התבקש כלל וכלל על ידי המשיג בשם תושבי הכפר.
171. ואכן, מאז הגשת ההשגה ועד להגשת העתירה הנוכחית הצליחו תושבי הכפר להשיג מסמך אחד לפחות של בעל קרקע פרטית אשר באיזור הכפר ממשפחת ח'טיב (ראו ע/16), כאשר הם יודעים שקיימים מסמכים נוספים בידי בעלי קרקעות פרטיות אשר נתנו הסכמתם לתושבים הבדואים של ג'בל אל באבא להתגורר על אדמותיהם באופן עקרוני (ראו מכתב מעיריית עיזריה מיום 26.10.17 ומסומן ע/15). כמו כן, השיגו תושבי הכפר את מפת לוח התביעות במסגרת הסדר המקרקעין הירדני ובה מסומן במפורש שישנן אדמות פרטיות בג'בל אל באבא וכן מעמותת במקום את מפת האדמות המוכרזות כאדמות מדינה והמוכרות כאדמות פרטיות על ידי המנהל האזרחי בג'בל אל באבא עצמו (ע/31 ו- ע/30 בהתאמה).
172. על כן, גם בעתירה הנוכחית מתבקשת הארכה הנדרשת על מנת להציג את הוכחות על זכויות במקרקעין של תושבים פלסטינים, עליהם יושבים התושבים הבדואים.
173. לענייננו, יפים דבריו של כב' הש' דנציגר בפסק דינו ברע"פ 7525/10 יונס אלקרעאן נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה- מחוז דרום, שם התקבל ערעור על החלטה של ביהמ"ש השלום שלא ליתן עיכוב ביצוע לצו הריסה עד להכרעה בערעור אשר הוגש למחוזי:
- "כידוע, זכות הטיעון של בעל דין נמנית על כללי הצדק הטבעי שהם מנשמת אפו של ההליך המשפטי. יש לשמור ולהקפיד על קיומם של כללים אלו. אי מתן צו עיכוב הביצוע יהפוך את הערעור שהוגש על ידי המבקש לבית המשפט המחוזי לחסר כל נפקות ממשית וירוקן את זכות הטיעון העומדת לו כמו גם את זכותו לקבל את יומו בבית המשפט לאות מתה. גם אם סיכויי הערעור נמוכים כטענת המשיבה, ומבלי להביע עמדה בעניין, הרי שלמשיבה לא יגרם כל נזק ממשי בעיכוב ביצוע צו ההריסה עד להכרעה בערעורו של המבקש אשר נדמה כי אינה עשויה להימשך זמן רב. לעומת זאת, זכות הטיעון וזכות הגישה לערכאות העומדות למבקש יינזקו ללא ספק. ביצוע צו ההריסה עובר לשמיעת ערעורו של המבקש יצור עובדות מוגמרות בשטח באופן שלא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו אם וככל שהערעור יוכרע לטובת המבקש, וזאת מבלי להביע כל עמדה באשר לסיכויי הערעור". (ההדגשות שלי נ.ע.ש)**

174. בנוסף, כפי שנכתב בחלק העובדתי, שימוש בצו לצורך פרסום הכרזת תיחום כאשר

מתקיימים הליכים בפני בג"צ תלויים ועומדים ותשובות המדינה בהליכים אלו אמורות להיות מוגשות, הופך את ההליכים הנ"ל לשוליים ביחס להליך הנוכחי. לאור כלליותו והשפעתו על כלל הקהילה, כולל הבב"חים נשוא בג"צ 3536/16, צו התיחום, הוא הוא המדיניות החדשה של המשיבים ביחס לקהילה, כפי שהיא מתבטאת בפועל בפרסום ההכרזה מיום 16.11.17. מכאן שהשפעתה של הכרעת בית המשפט בעתירה הנוכחית היא גדולה הן ביחס לבקשה לצו על תנאי והן לבקשה לצו ביניים. במובן זה מתקבלת ההכרזה בעיני העותרים כמחטף לפתיחת הליך משפטי חדש, שתחתיו חוסים מעתה ההליכים הקיימים, שההכרזה עקפה. זאת, מבלי שיתקיים דיון במדיניות החדשה עוד טרם שפורסמה ההכרזה כפי שהיה מתבקש במידה והמשיבים היו מגישים את תגובותיהם בהליכי בג"צ האחרים המתנהלים.

175. לבסוף, צו מבנים בלתי מורשים (יו"ש)(מס' 1539), התשס"ד – 2003 קובע בסעיף 3 את אופן פרסום ההכרזה כך שבס"ק (ב) נקבע, שהעתיקים מההכרזה והמפה ייתלו במקום נראה לעין בתחום ההכרזה. דא עקא, כי פרסום זה אינו בגדר פרסום סביר והוגן דווקא בשל קיומם של הליכים פרטניים כגון אלו שפורטו בהשגה. זאת, בייחוד במקרה שמדובר בתחום מוכרז שאין לו נציגות רשמית מוכרת על ידי המנהל האזרחי דווקא, למרות היותה מוכרת על ידי הרשות הפלסטינית.

176. מעבר לכך, הנחת ההכרזה על יתד מברזל, אינה מהווה פרסום סביר כיוון שהנייר יכל להתעופף ולהיעלם וגורל אוכלוסיה נרחבת היה תלוי בהמצאותו של נייר אחד שלא נמסר באופן סביר כלל.

איסור על תחולה רטרואקטיבית של הצו בדבר מבנים מורשים

177. העותרים חוזרים על הנטען בהשגה בדבר איסור רטרואקטיבי של הצו על מבנים שהוקמו לפני שתיקון מס' 4 נכנס לתוקף ביום 22.11.2015. טענה זו לא קיבלה כל מענה בתשובה להשגה. מכאן, שאין לקרוא את ההכרזה ככזו החלה אוטומטית על האיזור המתוחם, אלא היא כפופה ליום תחולת הצו. משמעות הדבר, כי ההכרזה אינה יכולה לחול רטרואקטיבית על מבנים שהוקמו עד ליום 22.11.2015. האופן שבו ההכרזה מנוסחת מטעה וממנו ניתן היה להבין, כאילו מותרת תחולה רטרואקטיבית כל עוד מדובר בשטח התחום, ולא כך הוא. מכאן בטלותה של ההכרזה כולה ולכל הפחות באשר למבנים שהוקמו עד ליום 22.11.2015.

שהיה מותרת ובניה אסורה משמעה חוסר תחולת הצו

178. אין ספק, כי גישת המשיבים השוללת הפעלת היתר לשהיה בכפר כחריג לביצוע הוצאת רכוש והחרבת הכפר על פי סעיף 6(ג) לצו מהווה קריאה מוטעית ומטעה של

הסעיף. במובחן ממקרים אחרים של מאחזים בלתי מורשים שבהם כן הוצאו לגביהם צווי תיחום הכוללים ברגיל איסור כניסה ושהייה - אי הכללתו במקרה דנן יש לה משמעות ולא נעשתה כטעות קולמוס של המפקד הצבאי. משמעה העדר תחולה מכון של איסור הכניסה והשהיה. מכאן שלא ניתן ללמוד על איסור כניסה ושהיה ללא תחולה ישירה של ההכרזה, שמפורסמת לתושבי הכפר – דבר שלא נעשה במקרה הנוכחי.

מצ"ב העתק הכרזות תיחום שניתנו למאחזים בלתי מורשים בעבר הכוללים את הוראת איסור הכניסה והשהיה (תפוח מערב; גבעת השורק; עוז ציון; מעוז אסתר; ישא ברכה; גבעת מנחם) ומסומן ע/32.

179. מהעדרו של איסור כניסה ושהייה ניתן ללמוד, כי המשיבים ניסו מחד לא לפנות את תושבי ג'בל אל באבא באופן פורמלי; ומצד שני, להציב בפניהם תנאי מחיה בלתי אפשריים, של יצורי אנוש שיכולים להמשיך ולשהות בכפרם, אך ללא מבנים ורכוש, מציאות כופה אשר תגרום להם בניגוד לרצונם לעבור מכפרם למקום אחר, בלתי נודע. זאת, כיוון שבירי, כי איסור כניסה ושהייה אינו מופנה למבקרים במקום, תיירים, עוברי אורח, אלא דווקא לאלו הדורשים להתגורר במקום על פי מסורותיהם משכבר ימים. התנהלות זו הינה בלתי סבירה בעליל.

180. מכאן, שהמשיבים חטאו לא רק בכך שכיוונו בעצם לפנות בכפיה את תושבי ג'בל אל באבא אלא עשו זאת בדרך המנסה להתחמק מהאחריות המשפטית שבאה עם גירוש מאסיבי של תושבים מוגנים משטח כבוש, תוך הפרה חמורה של חובותיו הבינלאומיות וההומניטריות המינהגיות של המפקד הצבאי בשטח כבוש על פי סעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו פירוט בהמשך.

181. הפרה חמורה של האיסור על העברה בכפיה אינה חלה על אזרחים של המעצמה הכובשת שאינם תושבים מוגנים ועל כן, ההשוואה להכרזות שפורסמו בנוגע למאחזים בלתי מורשים היא במקומה והחריג – הכרזה ללא איסור שהיה וכניסה – מעיד על הכלל – שמדובר בעצם באי מניעת כניסה ושהיה דה-פקטו שמעידה על היתר דה-יורה על שהיה וכניסה.

אי תחולת ההכרזה על אדמות פלסטיניות פרטיות

182. כמפורט לעיל בחלק העובדתי, על פי בדיקה ראשונית, כ – 40 אחוזים לערך מהמבנים הנכללים במסגרת ההכרזה נמצאים על אדמות פלסטיניות פרטיות, המוכרות ככאלו גם על ידי המנהל האזרחי.

183. על פי תשובת המדינה בבג"צ 7891/07 שלום עכשיו נ' שר הבטחון מיום 7.3.11 (פורסם בנבו 18.11.13) ככל הנוגע להכרזות הנוגעות למאחזים סדר העדיפות באכיפה הוא למנוע בניה בלתי מורשית של מתנחלים באדמות פלסטיניות פרטיות. זאת, מעצם

קיומה של התנגדות פלסטינית להתיישבות ישראלים על אדמות פרטיות, הנחה עובדתית

שנסתרה באופן ישיר במקרה הנוכחי. ראו כאן:

4. בסיכום הישיבה הונחה תשתית למדיניות משולבת בעניין הריסות הבנייה הבלתי חוקית על אדמה פרטית ובעניין הסדרת הבנייה באדמות מדינה, כך שכלל, בנייה בלתי חוקית אשר ממוקמת על קרקע פרטית - תוסר, ובמקביל, הונחו הדרגים המקצועיים המתאימים לפעול להסדרת המעמד התכנוני של מבנים מצויים באדמות מדינה; וזאת באותם מקומות בהם יוחלט על הסדרה. והכל בהתאם לשיקולים רלוונטיים נוספים הקשורים לעניינו של כל מקום ומקום.

באשר לבניה נשוא עתירה זו, הדרג המקצועי הונחה לפעול להסרת בנייה בלתי חוקית אשר ממוקמת על קרקע פרטית, וזאת עד סוף שנה זו.

אשר למבנים נשוא עתירה זו, אשר מצויים על קרקע שהיא אינה אדמה פרטית, הרי שעניינם יישקל בעתיד. מכל מקום, בהתחשב בכך שכאמור, מאמצי האכיפה של המשיבים יופנו כעת לביצוע אכיפה במקרקעין פרטיים, המבנים האמורים אינם מצויים במקום גבוה בסדרי העדיפויות של המשיבים.

184. לעומת זאת, ככל הנוגע לאדמות מדינה, עמדת המדינה כפי שניתן להשליכה על בניה בלתי מורשית פלסטינית היא כי ישנה אפשרות – ובמקרה של מאחזים אף רצון ונכונות – להסדרת הבנייה באדמות מדינה. זאת, על פי שיקול הדעת שיופעל לעניין זה. במקרה הנוכחי, יוזמת התכנון של התושבים תואמת את האפשרות להסדרת הבניה, והיא תונח על שולחנו של המפקד הצבאי והמנהל האזרחי לשיקול דעתם בחודשים הקרובים. מכאן, שברור, שכלל שמדיניות האכיפה המוצהרת נלקחת בחשבון – מדיניות זו לא כוללת בניה פלסטינית על אדמות פלסטיניות פרטיות. מכאן חוסר סבירותה המשוער של ההכרזה ככל הנוגע לאדמות פלסטיניות פרטיות. לטענה זו לא ניתן כל מענה בדחיית המשיבים את ההשגה.

פגיעה בעקרון עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת

185. טענה נוספת זו אף היא לא קיבלה כל התייחסות בתשובת המשיבים להשגה. ביום 16.11.17 דיווח ערוץ 20, כי נציגי "פורום עוטף ירושלים" ומועצת בנימין נפגשו אישית עם רה"מ, במסגרת הדיון "הנחה נתניהו להעביר את התושבים למבני קבע שהמדינה יעדה לכך ביריחו ובכפר אבו דיס".

186. ראו כאן

<https://www.20il.co.il/%D7%91%D7%94%D7%95%D7%A8%D7%90%D7%AA>

-%D7%A0%D7%AA%D7%A0%D7%99%D7%94%D7%95-
%D7%94%D7%9E%D7%90%D7%97%D7%96%D7%99%D7%9D-
%D7%94%D7%91%D7%93%D7%95%D7%90%D7%99%D7%9D-
/%D7%94%D7%91%D7%9C%D7%AA%D7%99-%D7%97

187. באותו היום בשעה 15:30 לערך ניתנו הצווים. סמיכות הזמנים בין קיום הפגישה מחד, ופרסום הצווים לתושבים לאחר מכן מאידך מעידה באופן ברור על אי הפעלת שיקול דעת עצמאית של הרשות המוסמכת. זאת, בעיקר לאור הפרסומים המציניים כי ראש הממשלה הנחה בעצמו את גורמי אכיפת החוק להעביר את התושבים ממקומם. גם אם הצו ניתן לפני הפגישה בכל מקרה אין להמעט בחשיבות מעורבותו האישית של ראש הממשלה, תוך עקיפת סמכותו של השר הממונה – שר הבטחון, והשלכותיה על חוקיות פעולות המפקד הצבאי.

188. אין בסמכות ראש הממשלה לקבוע כי קהילה ספציפית דינה פינוי – בוודאי לא למבני קבע שקיומם אינו מעוגן במציאות - אלא הסמכות שמורה למפקד הצבאי, ושר הבטחון עצמו, בגדר המותר על פי הדין הבינלאומי המנהגי והמשפט הציבורי הישראלי. הנחייתו של ראש הממשלה מהווה פגיעה בעקרון עצמאותו שיקול הדעת של הרשות המוסמכת - של המפקד הצבאי ושר הבטחון. זאת, משיקולים פוליטיים גרידא. ראו בג"ץ 88/678, 803 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) (501, 5). מהפרסום עולה, כי מדובר בתכתיב של ראש הממשלה ובכל מקרה, לא הפעיל המפקד הצבאי שיקול דעת משל עצמו כנדרש ובוודאי ככל הנוגע לצרכי האוכלוסיה המקומית, התקרבותה של תקופת החורף והגשמים וכדומה. יוער, כי העובדה שהצו נחתם ביום 1.11.17 אך רק פורסם ביום 16.11.17 אין בה כדי לפגום בעובדה, שלמעורבות ראש הממשלה היה תפקיד מכריע. על כן, מועד ואופן פרסום ההכרזה מעיד על אי חוקיותה המשוועת והבוטה, מעבר לטיעונים האחרים שהועלו בעתירה זו.

חוסר סבירות קיצונית ואי מתן משקל ראוי לשיקולים שונים - חובת המשיבים להסדיר תכנונית את ההתיישבות הקהילתית ותוצאות העדר תכנון

189. העותרים יטענו כי סירוב המשיבים ליתן אורכה בהקפאת האכיפה בהתיישבות הקהילתית בג'בל אל באבא עד לעיונם בתוכנית - אינו עומד במבחן הסבירות. רק בשל כך שאין הליך אחר שיכול להסדיר את מגוריהם של התושבים במבנים באופן המתאים לאורחות חייהם הייחודיים הנובעים מתרבות ארוכת ימים שעוברת הליכים עצמאיים של מעבר מסמי-נוודות ליישובת קבע באופן שאינו הורס את הקהילה מבפנים; רק בשל כך שהמשיבים התרשלו במשך עשרות שנים ליזום בעצמם תכנית להתיישבות נשוא העתירה; רק בשל כך שכבר החלו הליכי תכנון בעיריית עיזריה, התכנית הרעיונית של עמותת במקום והתכנון להגיש תכנית מפורטת לגבי ג'בל אל באבא והובאו לידיעת המשיבים ברי לעין כל כי מדובר

בהתנהלות בלתי סבירה באופן קיצוני, שתוצאותיה החרבת קהילה שלימה ללא צורך, תועלת או כל בסיס חוקי.

190. חוסר סבירות החלטת המשיבים חריף במיוחד לאור העובדה שחלק מהעותרים הינם בעלי קרקע, וגם לגבי העותרים שאין בידם הוכחת בעלות על הקרקע, בייחוד לאור מכתב עיריית עזריה מיום 26.10.2017 (ע/15) המתאר מצב בו קיימת כתובת לוועדת הפיקוח ולמשיבים בכלל לעניין מעמד התושבים בקרקע הפרטית.

191. בנוסף, בייחוד לאור העובדה שתכנון אל ג'בל מערב נעשה ממילא גם הוא על אדמה שהיתה מיועדת לתכנית הרחבת מעלה אדומים 420/4 ושונתה עקב צרכים של הקהילות הבדואיות. אין כל סיבה מדוע שינוי כזה לא יתבצע או ישקל לפחות על ידי המשיבים באופן רציני.

192. ברור אם כן, כי לעותרים זכות לחיות על האדמה דנן כחלק מרצף ההתיישבות מהתקופה הירדנית ועד היום והשאלה היחידה היא כיצד להסדיר זאת תכנונית. מאחר שלמשיבים לא יגרם כל נזק במידה ויוקפא ביצוע ההכרזה כמבוקש, הרי שסירובם לאפשר מיצוי ההליכים התכנוניים על ידי גורמי התכנון במנהל האזרחי כנדרש וכמקובל, ולהקפיא את הליכי האכיפה עד לבחינת התוכנית שתוגש הינו בלתי סביר בכל קנה מידה.

193. המשיבים, בהיותם נתונים לביקורת שיפוטית, אינם מקיימים את דרישת הסבירות כפי שעוצבה על ידי בית משפט נכבד זה בשורה ארוכה של פסקי דין. פעולות המשיבים, כמו גם ההליך המנהלי עצמו, נתונים לביקורת הרשות השיפוטית, בין השאר, באמצעות מבחן הסבירות. הרציונל המונח בבסיס מבחן זה הוא כי הסמכות שניתנה בידי הרשות המנהלית - בנאמנות ניתנה לה, ומתוך כוונה כי הרשות תעשה בסמכות זו שימוש מושכל וסביר. אי קבלת החלטה סבירה, מקום שרשות סבירה הייתה מקבלת, הנה פגם הנתון לשבט ביקורתו של בית משפט נכבד זה.

194. שאלת הסבירות תיבחן תמיד על רקע כפול: מחד, המטרה החקיקתית שביסוד החוק המקנה את הסמכות, ומאידך, הנסיבות המיוחדות של המקרה הבא בפני בית המשפט (ר' הר-זהב, המשפט המנהלי הישראלי, שנהב הוצאה לאור, התשנ"ז - 1996, בע' 475). בבג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 נכתב כי "סבירות משמעותה שקילות כל השיקולים הרלבנטיים ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה". במקרה הנדון, אף אם ייטען כי המשיבים שקלו את כל השיקולים הרלבנטיים (ולטענת העותרים אין הדבר כך, כמפורט לעיל), הרי כי לא ניתן לשיקולים השונים משקלם הראוי.

195. כאמור, לאור המחדל התכנוני המתמשך, פעלו העותרים למציאת פתרון למגוריהם, והדבר נמצא בתוכנית הרחבת עיזריה שנמצאת בהליכים מתקדמים להגשתה למנהל האזרחי. תוכנית זו תאפשר הסדרה חוקית של המבנים, שכנגדם עומדים צווי הריסה. התכניות נועדו לאפשר לתושבים לממש את זכותם לחיים בכבוד בתנאי קיום בסיסיים על פי אורחות חייהם הייחודיים. כל תוכנית תקדם את השמירה על הסדר הציבורי ועל שלטון החוק היות ותיצור אופציה ריאלית לבנייה חוקית העונה על צרכי המגורים הבסיסיים של תושבי המקום ותשים קץ למצב בו אין אפשרות לקבלת היתרי בנייה.

196. סירוב המשיבים במחדלם לענות לבקשה ליתן אורכה לעיכוב ביצוע צו התיחום עד למיצוי הליכי התכנון ללא צידוק סביר וענייני, ובמיוחד לאור הקשיים בהכנתה, אל מול מידת הסכנה הנשקפת לקהילה כולה אם יתממש צו התיחום, לוקה בחוסר סבירות קיצוני, ועל כן דינו להדחות.

הפרת חובות המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי

197. פעילותו ואף סמכויות החקיקה של המפקד הצבאי ושל המנהל האזרחי בכלל זה כפופים ושואבים את כוחם מהוראות שלושה מקורות וכל פעילות הסותרת הוראות אלו – הינה חריגה מסמכות או הפעלת סמכות באופן בלתי חוקי. בבג"צ 548/04 אמנה נ' מפקד כוחות צה"ל, ניתן פסק דין ביום 26.2.2004, ובפסקה 3 נקבע, כי:
"למפקד הצבאי סמכויות היונקות משלושה מקורות עיקריים. המקור הראשון הוא הוראות ספציפיות של המשפט הבינלאומי המנהגי. המקור השני הוא הדין שהיה קיים בשטח עובר לתפיסתו. ואילו המקור השלישי הוא חקיקתו החדשה של הממשל. וגם:

"אין גם ספק, כי הקמה חוזרת ונשנית של מבנים בלתי מורשים, שחלק מתוכם הם על קרקע בבעלות פלשתינאית, חרף פינוים, משבשת את הסדר הציבורי. אומנם, המפקד לא פעל במסגרת הדינים המקומיים, שלא היה בהם כדי להתמודד עם תופעה זו, והוציא צווים חדשים. אך הלכה היא כי בגדר סמכויותיו של המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי אין הוא מוגבל להשליט סדר בגדרי הדין הקיים, אלא מוסמך הוא לקבוע הסדרים נוספים בצווים... עם זאת, כאור יש לבחון גם אם הצווים שהוצאו במקרה זה עומדים בעקרונות היסוד של המשפט המינהלי של ישראל".

מצ"ב פסק הדין בבג"צ 548/04 אמנה נ' מפקד כוחות צה"ל, מיום 26.2.2004 ומסומן ע/33

198. במקרה דנן הן תיקון מס' 4, והן הוצאת ההכרזה מהוות הפרה של כל שלושת מקורות הסמכות המפורטים לעיל.

199. מעבר לנכתב לעיל באשר לחובות המפקד הצבאי על פי המשפט הציבורי הישראלי, ראשית לכל המפקד הצבאי נסמך בפעולותיו על המשפט הבינלאומי המנהגי בעת כיבוש צבאי. על פי סעיף 47 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949: " מוגנים הנמצאים בשטח כבוש, לא ישללו מהם בשום פנים ואופן את ההנאות מהאמנה הזאת, בגלל כל שינוי שהונהג, עקב הכיבוש, במוסדותיו או בממשלתו של השטח הכבוש, ולא בגלל כל הסכם שנעשה בין רשויות השטחים הכבושים ובין המעצמה הכובשת, ולא בגלל סיפוחו של השטח הכבוש - כולו או מקצתו - על ידי אותה מעצמה."

200. מכאן, שכפי שכותבים פרופ' סקובי, ד"ר מרגלית וד"ר היבינס בחוות דעתם בנוגע להעברה בכפיה בקשר לכפר הבדואי דקייקה בדרום הר חברון בסעיף 30, כל פעולה שנוקט בה המפקד הצבאי לטווח הארוך אסור שתהיה מכוונת לתקופה שמעבר לתקופת הכיבוש. ברי, כי להחרבה של הישוב ג'בל אל באבא יש משמעות ארוכת טווח על הדמוגרפיה והגיאוגרפיה של איזור מעלה אדומים ושטח הגדה המערבית, בייחוד אם פעולה זו מתבצעת כחלק ממדיניות רחבת-היקף "לנקות" את האיזור מהקהילות הבדואיות שבו.

30. Thus, even when acting for the benefit of the local population, the Military Commander is precluded from promulgating legislation and taking measures in relation to the occupied territory that have a long-term effect designed to outlive the occupation itself. The Occupant is restricted to making the changes that are meant to apply only during the occupation and will normally expire at the end of the occupation, unless the legitimate sovereign decides to retain it.³⁹

מצ"ב חוות דעתם של פרופ' סקובי, ד"ר מרגלית והיבינס ומסומן ע/34

201. סעיף 43 לתקנות האג הנלוות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן: תקנות האג), המהוות חלק מהמשפט המנהגי הבינלאומי המחייב את מדינת ישראל, קובע: "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי...". מדובר בחובה פוזיטיבית לנקוט בכל האמצעים העומדים לרשות השלטון הכובש.

202. הבטחת הסדר והביטחון הציבוריים איננה רק "בטחון הציבור". מדובר בחובה לפעול בכל האספקטים של חיים בחברה מודרנית - סדר חברתי, חינוך, רווחה בריאות תחבורה וכד', היבטים מהם מתעלמים המשיבים באופן ברור במקרה דנן. (ר' Expert Opinion on International Humanitarian Law Requiring of the Occupying Power to Transfer Back Planning Authority to Protected Persons Regarding Area C of the West Bank by Dr. Theo Boutruche and Prof. marco Sassoli (להלן: חוו"ד 1000), אשר הוגשה במסגרת בג"צ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעה ואח' נ' שר הביטחון ואח', עמ' 8-9).

203. **הסדר הציבורי כולל בין השאר את החובה לתכנן ולפתח** (ר' חו"ד ססולי בעמ' 17).
החרבת היישוב במקרה דנן וגירוש כפוי של תושביו אינם דאגה לסדר הציבורי של התושבים המוגנים ואינם "נקיטה בכל האמצעים" המתחייבת מסעיף 43 הנ"ל. התנהלותם של המשיבים היא ההפך מדאגה לסדר הציבורי. היא הפרתו. מעבר לעמדת העותרים, בדבר העדר סמכות לגופי התכנון במנהל האזרחי בהתאם לטיעונים בג"צ 5667/11 דיראת נ' שר הבטחון לאור העדר ייצוג וועדות תכנון מקומיות ומחוזיות של התושבים הפלסטינים כפי שהיה טרם תיקון חוק התכנון הירדני בדבר בניינים, כפרים וערים משנת 1966, על ידי צו 418 משנת 1971, התנהלותם תביא לאסון הומניטרי-חברתי-תרבותי וכלכלי ולהריסת רשת הבטחון הבסיסית של העותרים.
204. סעיף 46 לתקנות האג משנת 1907 קובע: **"יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי"**. עיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 קובע: "מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם..." אין ספק כי הפעלת הצו בתיקון מס' 4 ופרסום ההכרזה שתיהן מפרות חובות אלו ככל הנוגע לאוכלוסיה הבדואית ותרבותה וכן כבוד המשפחות בג'בל אל באבא והארגון החברתי שלהן.
205. יודגש, כי **הכרזת התיחום משמשת כמעין צו תפיסה ככל הנוגע לאדמות פרטיות, כיוון שהיא אוסרת פעולות בינוי באופן כללי, גם כלפי בעלי הקרקעות. תפיסה ללא צידוק צבאי הכרחי פסולה על פי סעיף 52 לתקנות האג, 1907.**
206. o
- המלומד ג. פיקטה בפרשנותו לאמנת ג'נבה הרביעית, מעיר בהתייחסו לסעיף 27 הנ"ל:
"The family dwelling and home are therefore protected; they cannot be the object of arbitrary interference." J. Pictet, Commentary on Geneva Convention IV of 1949, (Geneva, 1958), p. 202.
207. במקרה דנן, לאור היחסים העדינים בין בעלי הקרקעות לבין ההתיישבות הבדואית, **ההכרזה אף תגרום להרס מרקם חיים שנבנה במשך עשרות שנים והוא חלק ממנהג ידוע של**

הבדואים הפליטים בגדה המערבית, שעל המשיבים לכבדו ולאפשר לעותרים למצות את זכותם ליזום תכנון ולפנות בבקשות להיתרי בניה בהתאם לכך.

208. סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע איסור הריסה של רכוש אזרחי אלא לצורך פעולות צבאיות הכרחיות: "אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה". במקרה הנוכחי אין כל פעולות צבאיות המצדיקות משפטית את יישום הצו וההכרזה על תיחום שטח הכפר שמשמען הרס וחורבן מידיים.

209. פרופ' איל בנבנישתי בחוות דעתו בעניין הריסה של מבנים הנחוצים להישרדות האוכלוסיה האזרחית המוגנת עקב העדר היתר בניה אשר הוגשה במסגרת בג"צ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעה ואח' נ' שר הביטחון ואח' (להלן: חו"ד בנבנישתי), בעמ' 3-4, מסביר כי ס' 54 לאמנת ג'נבה הרביעית מונה דוגמאות של אובייקטים הנחוצים להישרדות האוכלוסיה ואינם תלויי הוכחת נחיצות בפועל. "מעבר לכך מבנים נוספים יכולים בנסיבות ספציפיות להיות נחוצים להישרדות האוכלוסיה. כך לדוגמה יש להניח, כי אוהלים, שנבנו על-ידי ארגוני סיוע הומניטאריים, כדי להגן על תושבים מוגנים המתגוררים במדבר מהשמש הקופחת ביום ומהרוח בקרה בלילה, הינם נחוצים להישרדות האוכלוסיה ועל כן, על פי אותו הכלל, הריסתם אסורה." דבריו מהדהדים דווקא במקרה של ג'בל אל באבא בו ההריסה כיום משמעה פגיעה במבנים שנבנו בין השאר בסיוע הומניטרי כדי להגן על התושבים ולספק להם צרכים בסיסיים.

מצ"ב העתק חו"ד פרופ' בנבנישתי בעניין הריסה של מבנים הנחוצים להישרדות האוכלוסיה משנת 2011 ומסומן ע/36

210. פרופסור בנבנישתי מוסיף כי: "תחולתו של האיסור רחבה והוא חל לא רק על פעילות מלחמתית אלא גם על פעולתו של ממשל צבאי השולט על שטח הנתון בתפיסה לוחמתית... זו בהחלט הוראה חריגה בדיני הלחימה.... וחריגות זו מדגישה את החשיבות העצומה שדיני הלחימה מקנים לחובה לשמור על אזרחים מפני רעב וצמא ומפני אי הנגישות שלהם למקורות מחייה חיוניים לאמצעי לגרום להם לעקור ממקום מגוריהם." (הדגשה שלי – נע"ש על פי סעיף 54 לאמנת ג'נבה הרביעית, וסעיף 69 לפרוטוקול הנלווה הראשון המבנים המדוברים נכנסים לגדר צרכים חיוניים ואף כאלו הנדרשים לצורך הישרדותה של אוכלוסיה).

211. פרופ' בנבנישתי מדגיש וכותב בחוות דעת אחרת שלו בעניין העברה בכפיה בכפר סוסיא את תחולת האיסור על העברה בכפיה גם בקונטקסט של הפעלת סעיף 43 לתקנות האג ואכיפת דיני התכנון והבניה.

מצ"ב חו"ד פרופ' בנבנישתי בעניין העברה בכפיה בכפר סוסיא משנת 2012 ומסומן ע/37.

212. כאמור לעיל, היישוב קיים מזה עשרות שנים במקומו, גם אם בני הקהילה עברו תהליך איטי של התקבעות בתוכו. עם השנים השתנו מנהגיהם והם החלו לבנות לצד או במקום אוהלים גם מבנים ארעיים לסוגיהם השונים העשויים מחומרים זולים כגון צריפים ופחונים. חלק מרצונם להתפתח מתבטא בהסכמה לקבלת סיוע הומניטרי שיש בו כדי להגן מפני נחשים ועקרבים וכן המגן מפני פגעי מזג האוויר. אין מדובר בניסיונות התפשטות עבריינית המאפיינת לעיתים בניה בלתי חוקית אלא בבני אדם הנלחמים נגד כוחות הטבע באמצעים הדלים שבידם.

החובה של המפקד הצבאי לכבד את המנהגים והחוקים שהיו קיימים טרם תחילת הכיבוש

213. סיפת תקנה 43 לתקנות האג משנת 1907 קובעת איסור לשנות את החוקים והמנהגים שהיו קיימים טרם תחילת הכיבוש. על פי חוות הדעת של פרופ' ססולי וד"ר בוטרוש (ע/11) יש לקרוא את תקנה 43 בשילוב עם סעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית. המומחים קבעו, כי הסמכות החריגה של המפקד הצבאי לשנות את החקיקה והמוסדות בשטח כבוש מוגבלת לשלושה מקרים, כאשר החקיקה הקיימת או העדרה, מונעים מהשלטון הכובש באופן מוחלט את השגת אחת מהמטרות המפורטות להלן (עמוד 15 לחו"ד) – צורך צבאי; קיום ממשל סדיר, בטחון האוכלוסיה המקומית, החיים האזרחיים ורווחת האוכלוסיה; וקיום ההוראות ההומניטריות (עמוד 15 לחו"ד)

214. במקרה הנוכחי היבט האכיפה הוא רק היבט אחד מסוגית היות הכפר ג'בל אל באבא לא מוכר שתושביו נאלצים לבנות ללא היתר. ההיבט השני הוא התכנון, הצד השני למטבע, שאינו מיושם במסגרת חוק התכנון הירדני. על כן, ככל שהצו משנה את החקיקה הירדנית הקיימת המאפשרת מציאת פתרונות תכנוניים לג'בל אל באבא, ומונע פתרונות אלה ופיתוח ובינוי בכלל זה, הוא בלתי סביר, בלתי מידתי בסטייתו מחוק התכנון הירדני, ועל כן בלתי חוקי בעליל.

215. חוות דעת ד"ר מייקל פישבק, מומחה להיסטוריה ומדיניות ירדנית ובריטית בתחום המקרקעין שהוגשה במסגרת בג"צ 2733/14 (תלוי ועומד) כוללת מספר קביעות חשובות על בסיס מקורות ראשוניים שהן בעלות נגיעה ישירה למדיניות המשיבים ביחס לקהילות בדואיות פליטות 1948 בשטח סי, ולקהילה הנדונה בפרט, עקב קיומה במקומה עוד

מהתקופה הירדנית לתוך התקופה הישראלית. ראשית, השלטון הירדני מעולם לא הפעיל מדיניות של ישוב כפוי של האוכלוסיה הבדואית אלא פינה באלימות או בשכנוע – שלא תמיד צלח - רק בהקשר של צרכי בטחון בקונטקסט של מרחב התפר בין ישראל לירדן על קו הגבול המשותף לאחר מלחמת 1948. הוא אף לא הרס בתים עקב בניה ללא היתר. להיפך, השלטון הכיר כחלק מהליך הסדר המקרקעין בזכויות מקרקעין מסורתיות של הבדואים, אפשר לבדואים לקנות אדמות או להחיותן במקומות לפי בחירתם השבט ואף הקצה להם אדמות. מכאן, שעמדת המשיבים המחייבת הריסה והעברה בכפיה תוך שימוש בחוק התכנון הירדני כתירוץ למימוש הריסות בתים מהווה סטייה חמורה מהדין והנוהג השלטוני הקודם, שהיה קיים עד 1967 ולכן, מציפויותיהם הלגיטימיות של העותרים. על המשיבים להמשיך את הנוהל שקיים המשטר הירדני לאפשר לבדואים לקנות אדמות או להחיותן, בוודאי ובוודאי כאשר אלו מבקשים למצות הליכי תכנון לצורך הכרה בישוב קיים.

מצ"ב העתק מחוות הדעת של ד"ר מייקל פישבר, מאי 2016 ומסומנת ע/38

216. במקרה דנן לא מתקיים אף חריג המצדיק הריסת בתי קהילות בדואיות עקב בניה ללא היתר, תוך מניעה מהם לממש את האדמות אותן קנו, את ההסכמות אליהם הגיעו עם בעלי הקרקע. במקום ממשל סדיר, בטחון ורווחת האוכלוסיה מדובר בפגיעה הומניטרית קשה וכאוס חברתי שיגרם עקב אי מיצוי הליכי התכנון, תוך הקפאת ביצוע הריסות מאסיביות.

הפרת החובה של השלטון הכובש לאפשר קיום פעילות ארגוני סיוע הומניטרי – איסור מידי לביצוע פעולות בינוי או כניסת אדם/רכוש לביצוע פעולות בינוי

217. ההוראות ההומניטריות המופרות כתוצאה ישירה מהתנהלות המשיבים נוגעות להגנה על אזרחים (סעיפים 27, 49, 50, 53, 55, לאמנת ג'נבה הרביעית סעיפים 11, 54, 69 לפרוטוקול הראשון, כלל 129 לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי), רכושם (תקנות 46, 52 לתקנות האג, כלל 133 לכללי הדין הבינלאומי המנהגי), והחובה לאפשר ככל העולה בידם, לקיים את פעילותם של ארגוני סיוע ולא להכשילה (סעיף 59 לאמנת ג'נבה הרביעית, סעיף 11 לפרוטוקול הראשון, סעיף 70 לפרוטוקול הראשון, כללים 32 ו- 55 לכללי המשפט המנהגי).

218. בסעיף 4 להכרזה נאסרו פעולות בינוי באופן קולקטיבי כלפי כלל המבנים. זאת, מבלי לקחת בחשבון את ההליכים הפרטניים התלויים ועומדים לגבי כל מבנה ומבנה. כך בב"ח 116-117/17 נהרסו בניגוד להבטחה שלטונית, למרות שהוגשה בקשה על פי הטופס, שמילוי מהווה תנאי לעיכוב ביצוע ההריסה. מכאן, שהיתר לבניית המבנה מחדש, כפי שאולי

דורשים המשיבים בהתעלמותם מהפניות בעניין זה, היא חובת גורמי אכיפת דיני התכנון והבניה, דבר שההכרזה הנוכחית באה לאיין.

219. באותה מידה, ההכרזה אינה יכולה למנוע אפשרות בינוי כאשר ניתן היתר לכך, ואף לא בינוי שלא דורש היתר. מצד שני, ההכרזה מנוסחת בצורה כזו, שהיא אוסרת כל פעולות בינוי, גם כאלו המהווים שיפוץ ותיקון של מבנה שניזוק כתוצאה מתנאי מזג האוויר, גם כזה שאינו דורש היתר וכדומה. מכאן, שאיסור זה באופן גורף כפי שהוא נוסח איננו חוקי כיוון שהוא נועד להשלים פערים באכיפה בלתי סבירה של דיני התכנון והבניה ולמנוע אפשרות הסדרה (ראו הפסיקה המצוטטת בהשגה) שתאפשר פעולות בינוי, ובוודאי לא למנוע פעולות בינוי שאינן דורשות היתר.

220. יודגש, כי עצם האיסור הגורף על פעולות בינוי אינו מאפשר שיקול דעת למפקד הצבאי, כפי שקיים בחוקים אחרים, להתיר ואף ליתן פטור מהיתר בניה (סעיף 4(7) לצו 418) בנסיבות חריגות כגון מצב הומניטרי של האוכלוסיה – נגישות למבני שירותים ומים; אנשים עם צרכים מיוחדים וכדומה. איסור גורף כזה על פעולות הומניטריות מסכל את הפעילות ההומניטרית ובכך מהווה הפרה בוטה של חובות מינהגיות של המפקד הצבאי באיזור לאפשר אספקה הומניטרית ולא למנוע אותה

221. על כן, במקרה הנוכחי עצם הקפאת עבודות בינוי מחייב בהכרח את המפקד הצבאי לצמצם את יכולתו לקיים את חובותיו ההומניטריות תוך התעלמות משיקולים רלוונטיים. בכך מהווה הצו וההכרזה עצמה לכשעצמם, הפרה של החובה המנהגית לאפשר פעילות ארגוני סיוע ולא להכשילה.

הפרה חמורה של האיסור המינהגי על העברה כפויה של תושבים מוגנים בתוך השטח הכבוש

222. כמפורט לעיל, מטרתו של הצו בדבר מבנים בלתי מורשים הוא פינוי מאחזים בלתי מורשים. אין מדובר בצו שמטרתו היא רק הקפאת פיתוח ובינוי במקומות שלא מיועדים לכך, ואין מטרתו הריסה של מבנים ללא היתר. מטרתו אלו, ככל שהן עולות בקנה מידה עם משפט זכויות האדם וזכויות אדם בסיסיות – דבר המוכחש בכלל ובמקרה דנן בפרט – מהוות את הבסיס לכאורה רגולציה של הפיתוח הפיזי באמצעות הפעלת חוקי תכנון ובניה כגון חוק התכנון הירדני משנת 1966. הצו בא לעקוף את חוק התכנון הירדני ולא ליישם אותו כיוון שהוא בא להקפיא פיתוח לאוכלוסית הכפר באופן מוחלט, ולפנות את כל האוכלוסיה ממקומה, כפי שפורט לעיל.

223. בכך שונים הצו וההכרזה - בהיבט המדיני של שליטה פוליטית על המרחב והדמוגרפיה של אזרחי מדינתה בעודם באים להתנחל בשטח כבוש – מהפעלת מערך תכנון מסודר, ידוע מראש וצפוי בו יש שיתוף האוכלוסיה המקומית. אין הא כדא במקרה הנוכחי ועל כן, אין לתחולת תיקון מס' 4 כל בסיס חוקי ואין מדובר ב"התאמות" של הצו לכלל האוכלוסיה אלא בהחלתו על מקרים שאין ראוי שיבואו בגדרו מלכתחילה.

224. אי מתן הזדמנות ראויה והוגנת לעותרים להישאר בבתייהם עד שתבחן התוכנית בידי המשיבים, משמעה הרס המוני. יותר מכך- הריסת כפרים העומדים על תילם ללא מתן פתרון תכנוני כלשהו משמעה בפועל העברה כפויה האסורה לפי המשפט הבינלאומי בסעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949. מדובר בסעיף מנהגי המחייב את המשיבים ואשר גובר על הוראות המפקד הצבאי במקרה של התנגשות (ר' ע' 11/ס' 44-45).

225. סעיף 49 לאמנה קובע את האסור והמותר בכל הנוגע להעברה בכפייה ולפינוי של מוגנים בתוך השטח הכבוש או אל מחוצה לו בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים: "העברה בכפייה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, - בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש - אסורים, ויהי המניע מה שיהיה".

226. הסעיף מתייחס במפורש הן איסור העברה בכפייה בתוך השטח הכבוש והן לגירוש אל מחוצה לו. כך נקבע במפורש Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol IIa (1949), עמ' 664, 859-860 לדו"ח הסופי.

כפיפות חובת המשיבים על פי תקנה 43 לתקנות האג לחובות אחרות ואיסורים מינהגיים

227. ביחס לטענת המשיבים במענה להשגה, כי סעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית "לא מיועד לספק לתושב מוגן או לגורם אחר, חסינות או הגנה מוחלטת, מפני הדין המקומי, תוך שהוא מתיר להקים מבנים בלתי חוקיים, בכל מקום שיחפוץ מאן דהוא להקיםם".

228. אי חוקיות העברה בכפייה ביחס לבדואים באופן ספציפי נותחה בחוות הדעת של המומחים למשפט הבינלאומי ד"ר בוטרוש ופרופ' ססולי, בדבר הפרת האיסור על העברה בכפייה הקבוע בסעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, ממנה ניתן לגזור גזירה שווה למקרה הנוכחי.

מצ"ב העתק חו"ד בוטרוש וססולי ביחס להעברה בכפייה של בדואים במרכז הגדה המערבית ומסומן ע/39

229. בחוות דעתם קובעים המלומדים את הכפיפות של החובות לשמירה על הסדר הציבורי והחיים האזרחיים להוראות אחרות ולאיסורים מינהגיים בדין הבינלאומי ההומניטרי ומשפט זכויות האדם. בכלל זה (עמוד 25-26) ובתוכם החובה לכבד את כבוד וזכויות המשפחה, הנהגים והאמונות של התושבים המוגנים, וכן האיסור על העברה בכפייה (סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית) והאיסור על הרס מבנים אזרחיים (X עיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, 1949):

"However, it is fundamental to stress that this obligation must be implemented in full respect of other IHL rules as well as human rights norms. This is especially important in the context of the matter reviewed in this Expert Opinion. First some measures the occupying power may take under this obligation are governed in detail by specific IHL rules as discussed below. In particular Article 46 of the 1907 Hague Regulations provide that family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Additionally it states that private property cannot be confiscated. Furthermore, the measures the occupant can take are also limited by numerous prohibitions set out in GC IV, including the prohibition of forcible transfers (Article 49 of GC IV) and the prohibition of the destruction of civilian constructions/objects (Article 53 of GC IV). Finally, while the obligation to enhance civil life is an obligation of means, changes of the existing legislation or institutions justified by this exception are only lawful if they actually enhance civil life compared with the situation under the previous legislation. It is up to the occupying power to prove that the situation under the legislation it has introduced is better than that under the previous legislation. If, in a situation of long-term occupation it turns out that such enhancement did not occur, the change introduced cannot be justified and must be repealed."

החרבה ופינוי בכפיה בהקשר של תכנון ובניה אינו יכול לבוא בגדר תקנה 43 לתקנות האג

230. חוות הדעת המשפטית של פרופסור סקובי, אלון מרגלית ושרה היבין מיום 15.11.2011 בעניין הכפר דקייקה מנתחת את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הנ"ל בהקשר של הליכי תכנון ובניה וקובעת באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי מימוש צווי ההריסה אינו יכול להיחשב כמעשה חוקי של שמירה על הסדר הציבורי (סעיף 27) ובמיוחד כאשר תוצאותיו מהוות העברה כפויה של תושבים מוגנים (סעיף 47). (מצ"ב ומסומן ע/15).

231. בנוסף, חוות הדעת המשפטית של פרופ' אייל בנבנישתי בנוגע לאיסור העברה כפויה בכפר סוסיא מיום 30.6.2012 (ע/27) חשובה להבנת המשמעות של מימוש בב"חים לעניין הפרת האיסור על העברה כפויה, הדומה למקרה הנוכחי. מסקנתו בחוות הדעת קבעה כי: "...[ש]מימוש צווי ההריסה משמעם בפועל הוצאת צו גרוש לתושבי הכפר. צעד זה יהווה הפרה של סעיף 49 של אמנת ז'נבה, ויטיל גם אחריות פלילית אישית על האחראים לו. הוא גם יהווה הפרה של הכלל האוסר הריסה או פגיעה במבנים הנחוצים להישרדות האוכלוסיה האזרחית המוגנת וכן הפרת החובה לדאוג לצרכי האוכלוסיה המוגנת ומשפט זכויות האדם החל באיזור כגון הזכות לחיי משפחה, לתנאי מחיה מינימליים הכוללת את הזכות לקורת גג נאותה." (סעיף 5 לחוות הדעת). כמו בסוסיא גם כאן, העברה בכפיה של תושבי הקהילה בג'בל אל באבא משמעה הפרה של האיסור על העברה בכפיה על פי סעיף 49(1).

העדר תחולה חוקית לחריגים בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מחוץ למצב של לחימה בפועל

232. בחוות דעתו של בנבנישי בעניין סוסיא במיוחד חשובה הבהרתו של פרופ' בנבנישתי את מעמדו המוחלט של האיסור בסעיף 49(1): "משמעות האיסור המוחלט הוא שבמצב שאינו מצב של לחימה בפועל, שיקולים ואילוצים שאינם שיקולים שקשורים לבטחון האזרחים המוגנים המועברים, או צרכים צבאיים הכרחיים, לא יכולים לשמש בסיס ל"איזון" אל מול זכותם המוחלטת של האזרחים המוגנים להישאר במקומם." (עמוד 5 לחוות הדעת). במקרה שלנו אין שום שיקולים ואילוצים שיכולים לשמש בסיס ל"איזון" אל מול זכותם המוחלטת של האזרחים המוגנים בג'בל אל באבא להישאר במקומם.

חשיבותו של מערך התכנון הכללי בגדה המערבית לשלילת הנימוק של הפעלת הדין המקומי כבסיס להצדקת פינוי אוכלוסיה אזרחית והריסת מבנים

233. בייחוד מדגיש פרופ' בנבנישתי את ההקשר הכללי של מערך תכנוני בגדה המערבית שבו לפלסטינים אין ייצוג בהליכי התכנון, המצב הכללי בו לפלסטינים אין יכולת להוציא היתרי בניה, כאשר מצופה מהכובש דווקא להיפך, ככל שחולף זמן רב יותר מאז תחילת הכיבוש בכיבוש ארוך טווח, לתשומת לב מעמיקה יותר לדעות הנכבשים בהקשר התכנון המרחבי. מדברי פרופ' בנבנישתי עולה, כי הדין המקומי אינו יכול לשמש תירוץ להיתלות בו אלא יש לקיימו על בוריו קרי, לאפשר ייצוג הולם לפלסטינים בהליך התכנוני, דבר שנשלל מהם מאז 1971 ואף בפועל, כפי שנאמר לעיל. ראו להלן:

"כמובן שההגיון מחייב שהאיסור על ההעברה או הגרוש לא יחול על פינוי ממקום שהמוגנים התיישבו בו מרצונם לאחר תחילת התפיסה הלוחמתית ובניגוד לחוק המקומי החל באיזור. זאת, כל עוד הליך הפינוי עצמו נעשה

באופן חוקי על פי המשפט המקומי ובהתאם להוראות הדין הבינלאומי ההומניטרי ומשפט זכויות האדם. מצב זה לא מתקיים במקרה הנוכחי. בנוסף למתואר לעיל, יש לקחת בחשבון כי הפעלת דיני התכנון והבניה על ידי מוסדות התכנון של המנהל האזרחי בשטח סי בכלל ובמקרה הנוכחי בפרט נעשית תוך הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי ומשפט זכויות האדם. על כך ראו Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* 214, 247 (2nd Ed., 2012): Order No. 418 concerning Towns, Villages, and Building Planning Law from 1971 flattened the hierarchical system of the Jordanian building planning law and transferred the authorities of the district planning committees to the central planning council. The latter, manned by appointees of the military commander, among them Jewish settlers, would allow no formal input by the Palestinian inhabitants. This had adverse effects on the possibility of Palestinians obtaining building permits, and turned the permit system into a disciplinary tool of applicants or those many whose frustration with the system prompted them to build without a permit, granting or denying building permits according to the applicants' willingness to cooperate. [...] 9 In principle, the standard practice of occupants should involve the occupied population as much as possible in the administration especially as the occupation lingers on. The long term occupant is required to provide for and pay ample attention to the input of the occupied community regarding the management of the latter's country.) (עמוד 8 לחוות דעתו). לעיל.)

העברה באמצעות יצירת תנאי מחייה קשים עבור התושבים

234. אין דרך ליפות את המציאות. הוצאת רכוש כולל מבנים ביישוב הקיים נשוא העתירה משמעה שתושבי הקהילה יאלצו לעקור ממקומם (גם אם לא יעלו אותם בפועל על משאיות לשם כך). בתנאי המקום הקשים השוררים במקום מושב ההתיישבות ג'בל אל באבא אין דרך לשרוד ללא קורת גג בייחוד לאוכלוסיות חלשות כגון ילדים, נשים בהריון, מוגבלים, חולים ומבוגרים. הריסה של כל המבנים בקהילה היא העברה בפועל של מאות אנשים, נשים וטף אשר יופקרו לגורלם.

235. את המונחים "העברה כפויה או גירוש" בסעיף 49 לאמנה יש לפרש בהרחבה, על מנת להגשים את תכלית החוק.

"The term forced deportation, is not to be limited to physical force but includes the threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment." The Prosecutor v. Milomir Stakic, Case No. IT-97-24-T, Appeals Chamber, Judgment, 22 March 2006.

ובתרגום חופשי לעברית, בית הדין הפלילי הבינלאומי של יוגוסלביה לשעבר קבע כי את המונח "העברה כפויה" יש לפרש באופן רחב: "המונח 'כפוי', בהקשר פשע הגירוש, אינו מצומצם אך להפעלת אלימות אלא מתייחס, בין השאר לאיום או כפייה לעשות כן, כגון, חשש לשימוש באלימות, כפייה, מעצר, דיכוי נפשי או שימוש לרעה בכח כנגד אדם."

236. בפסק דין The Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-T, Trial Chamber I, Judgement, 27 September 2006, para. 729 נאמר כי "יצירת תנאי מחייה קשים עבור התושבים, שמטרתם בפועל לגרום לאנשים לעזוב, הינה בגדר גירוש האסור על פי החוק הבינלאומי. עמדה זו אושרה גם בערכאת ערעור בשנת 2009.

"Serb municipal authorities and Serb forces created severe living conditions for Muslims and Croats which aimed, and succeeded, in making it practically impossible for most of them to remain."

237. במקרה דנן גם הקפאת עבודות הבינוי וכניסת אנשים לצורך הבאת חומרי בינוי מהווה אף היא יצירת תנאים ברורים שכופים העדר פיתוח ואף תת-פיתוח, כך שהאוכלוסיה הכללית ממשיכה להתפתח ולבנות, והאוכלוסיה הבדואית בג'בל אל באבא בהגדרתה צועדת אחורה במחוגי הזמן עד להחרבתה הסופית ועזיבתה את השטח הכפר המתוחם.

238. כפי שפורט בחלק העובדתי, חלק מתושבי הכפר יושבים על אדמה שבבעלותם, חלק על אדמה שבבעלות תושבי עיזריה וחלק על אדמה מוכרזת כאדמת מדינה. זכויותיהם של בעלי הקרקעות הפרטיות מעוגנות במסמכים שלפחות שניים מהם הובאו נספחים לעתירה הנוכחית (ע/15-16). גם העותרים שיושבים על אדמת בעלי קרקעות פרטיות מעיזריה עושים זאת מתוך הסדר שבעל פה על פי הנוהג המקובל, ביניהם, ואלו וגם אלו אינם מעוניינים בשום אופן לנטוש את יישובם והם אינם יכולים ואינם רוצים לעבור למקום אחר. ברי כי במקרה דנן ההעברה היא כפויה ובניגוד לרצון התושבים ונעשית באופן עקיף באמצעות הפעלת אמצעי אכיפה באופן בלתי מובחן, בלתי סביר ובלתי חוקי. יודגש, כי ההעברה בכפיה

בטווח הארוך תשפיע גם על בעלי האדמות למרות שבאופן מיידי היא משפיעה על האוכלוסיה המתגוררת במקום.

העברה בכפיה כמדיניות המשיבים כלפי המרחב הבדואי במרחב מעלה אדומים לצורך פיתוח ההתנחלות מעלה אדומים ולא כצורך בטחוני

239. המשיבים מצידם כפי הנראה טוענים כי הריסת בתיהם של תושבי הכפר נעשית מתוקף חובתם לשמור על הסדר הציבורי. כאמור לעיל, הריסת יישוב שלם איננה יכולה להיכנס לגדר שמירה על סדר ציבורי כי אם להפך- הפרתו הבוטה. הריסת המבנים תיצור כאוס ביישוב ותיצור מצוקה חברתית-כלכלית אדירה. טיעון ה"סדר הציבורי" אינו יכול לשמש כסיבה להפרת הדין ההומניטארי ומשפט זכויות האדם כפי שיקרה בוודאות במידה וצווי ההריסה יבוצעו.

240. הצו בדבר מבנים בלתי מורשים וכן ההכרזה חוקקו ופורסמו לכאורה, כי מפקד האיזור "סבור כי הדבר דרוש לקיום ממשל תקין ולשמירה על הסדר הציבורי". סמכויות אלו מופעלות על פי סעיף 43 לתקנות האג הנלוות לאמנת האג הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1907. על כן, תמוהה טענת המשיבים במענה להשגה, כי "אף קיים צורך ביטחוני בהוצאתו של צו התיחום, זאת לצד הצורך בהתמודדות עם הפרה חוזרת ונשנית של חוקי התכנון והבנייה באזור זה ושמירה על שלטון החוק והסדר הציבורי".

241. מדובר בטענה מפתיעה, שנטענה ללא כל בסיס הן בצו בדבר מבנים בלתי מורשים והן בהכרזה עצמה. כמו כן, היא נטענה ללא כל בסיס עובדתי או משפטי ולא נתמכה באף קונטקסט שניתן היה להבין ממנו מה הבסיס לצורך הבטחוני לכאורה. מאופן הצגת הצורך כבדרך אגב, בסעיף 11 בלבד במענה להשגה, ניתן ללמוד, כי מדובר בטענה מהפה ולחוץ שאין לה כל תימוכין במציאות והיא נועדה לבסס תשתית משפטית לצורך התדיינות בבית המשפט הגבוה לצדק. על כן, החריג בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר צורך בטחוני של הצבא הכובש אינו חלים במקרה דנן כלל ועיקר.

242. נדגיש כי מקרה זה הינו חריג בהיקפו. עסקינן במאות אנשים, נשים וטף אשר יופקרו לגורלם, זה הפליטות השניה לחלקם. אין זה כהריסת מבנה בודד אשר לדייריו רשת משפחתית-חברתית כלשהי ליפול אליה על מנת שלא להינטש ברחוב. המצוקה ההומניטארית של מאות תושבים מחוסרי מחסה בתנאים קשים היא עצומה. כל הרשת החברתית תהיה באותו מצב גרוע ואיש לא יוכל לבוא לעזרת המגורשים. המשיבים- בהורסם את היישוב בשם "הסדר הציבורי" מתנהגים כילד אשר חושב שאם יעצום את עיניו לא יתרחש הנזק הצפוי והבדואים ימצאו מקום אחר לשהות בו מתוך תקווה כפי הנראה שיתרכזו במקומות שיועדו להם על ידי גורמים, יש לזכור שהם חיצוניים לבני הקהילה הבדואית. הריסת יישוב שלם היא פשע שיוביל לאסון אך המשיבים נוקטים במדיניות זו לאחרונה גם

כלפי קהילות רועים אחרות כמו עין אל חילוזה ואום ג'מאל בבקעת הירדן כפי שפורט בפתיח לעתירה.

243. נציין כי היחס לו זוכים תושבי היישוב הקהילתי הבדואי נשוא העתירה הינו ייחודי מבחינת הפעלת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים אך באופן כללי הוא מהווה המשך לסדרת אמצעים שמטרת כולם חורבן והרס, כפיה וגירוש של תושבים מוגנים תוך ביטול וזלזול במושג "מוגנים". על פי נתונים שפרסם לאחרונה האו"ם, בשנת 2011 לבדה גורשו בכפיה יותר מ-755 פלסטינים בשל הריסות בשטח C. זהו מספר עצום המצביע על מגמה של העברת אוכלוסיה בכפיה תוך הפרה של הדין הבינלאומי. (ר' האומות המאוחדות- המשרד לתיאום עניינים הומניטאריים, העתקת קהילות בדואים: סכנת עקירה בכפיה בפריפריה הירושלמית, אוקטובר 2011).

[http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_bedouin FactSheet October 2011 hebrew.pdf](http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_bedouin_FactSheet_October_2011_hebrew.pdf)

244. בספטמבר 2014 סיכם משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטאריים את מצבן של הקהילות הבדואיות כדלקמן:

1. הרשויות הישראליות מקדמות תוכנית החושפת קהילות בדואיות בגבעות שממזרח לירושלים ובמרכז הגדה המערבית לסכנה של העברה בכפייה. הרשויות הצדיקו את התוכנית בטענה שהתושבים אינם בעלי הקרקע ושהעברתם תשפר את תנאי חייהם. אלא שאיש לא נועץ בתושבים באמת ובתמים ביחס לתוכנית; ואלה מתנגדים לה בתוקף ועומדים על זכותם לחזור לבתיהם ולאדמותיהם המקוריות בדרום ישראל. בינתיים ביקשו הגנה וסיוע במיקומם הנוכחי, לרבות תכנון נאות והיתרים לבתיהם ולמחיייתם. 2. דפוסי הפעולה של הרשויות הישראליות דוחקים את רגלי התושבים מאזורי מגוריהם הנוכחיים. דפוסים אלה כוללים הגבלת גישה לאדמות מרעה ולשווקים; מניעת גישה לתשתית בסיסית; דחיית בקשות להיתרי בנייה; והריסה או איום בהריסה של בתים, בתי ספר ומחסים לבעלי חיים. כמו כן, הרשויות לא עושות די להגן על הקהילות מפני הפחדה והתקפה מצד מתנחלים. 3. האתרים שהוקצו ליישובם במסגרת יישום תוכנית ההעברה אינם הולמים ומעוררים חששות חמורים בתחום ההומניטרי. אתרים אלה כוללים שלוש "עיירות" חדשות שייבנו על קרקע ציבורית ("אדמת מדינה") שהרשויות הישראליות הקצו למטרה זו בשטח C. כמה מתוכניות המתאר של ה"עיירות" החדשות הופקדו לאחרונה לעיון הציבור, לקראת מתן אישור סופי. ממספר סיבות, לרבות הזמירות המוגבלת של אדמות מרעה באתרים המיועדים, העברת הקהילות צפויה לפגוע במחיייתן ובתרבותן המסורתיות, כפי שקרה ל-150 המשפחות הבדואיות שהועברו מאזור זה בשלהי שנות התשעים [אל-ג'בל –

נע"ש]. בנוסף, אחד האתרים שהוקצו ליישוב מחדש צמוד למזבלה, והדבר מעורר חששות כבדים לפגיעה בבריאות התושבים. 4. נכון לעכשיו, כמה מהקהילות ממוקמות באזור שהוקצה להרחבתן של התנחלויות ישראליות. אזור זה כולל את תוכנית, E1 שבמסגרתה אמורות להיבנות אלפי יחידות דיור ומסחר להתנחלות. אם תיושם התוכנית, ייווצר שטח בנוי רציף בין ההתנחלות מעלה אדומים לבין ירושלים. בנוסף, על פי התוכנית אמורה גדר ההפרדה להקיף את השטח הרלבנטי. אם תיושם, צפויה התוכנית לפגוע בנוכחות הפלסטינית באזור, להעמיק את הנתק בין ירושלים המזרחית לבין יתר הגדה המערבית ולשבש את הרצף הטריטוריאלי בשטח הכבוש 5. מזכ"ל האו"ם קבע כי יישום התוכנית ליישב את הקהילות הללו באתרים שהוקצו לשם כך יהווה העברה בכפייה של יחידים ורבים וכן גירוש, האסורים במשפט ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם. ככוח הכובש, מוטלת על ישראל החובה הבינלאומית להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש ולנהל את השטח לתועלתה של אוכלוסייה זו. הרס או החרמה של רכוש פרטי, לרבות בתים, וכן העברת מתנחלים לתוך שטח כבוש, אסורים גם הם."

[https://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_communities_jerusalem_factsheet_september 2014 hebrew.pdf](https://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_communities_jerusalem_factsheet_september_2014_hebrew.pdf)

245. בהקשר זה ראוי להדגיש את דבריו של פרופ' בנבנישתי בחוות דעתו מיוני 2012: "הריסה של מתקנים הנחוצים להגנת האוכלוסיה ומבלי לספק לה הגנה חלופית מנוגדת לחובה הכללית המוטלת על המשיבים לדאוג לצרכי האוכלוסיה המוגנת על-פי ההוראות של סעיף 23 לתקנות האג וההוראות השונות של אמנת ז'נבה שעניינן הדאגה לבטחון ולרווחת התושבים המוגנים בשטח הנתון לתפישה לוחמתית. חובה זו נובעת גם ממשפט זכויות האדם, החל גם הוא בתפיסה לוחמתית. ראו לעניין זה חוות דעתי שהוזכרה לעיל וכן בספרי Eyal – Benvenisti, The International Law of Occupation 12-15 (2nd Ed., 2012) (עמוד 7 לחוות דעתו).

246. יודגש, כי מעבר לנסיבות הכלליות של תוכניות הריכוז של הבדואים באיזור מעלה אדומים, נסיבותיה של קהילת ג'בל אל באבא המועלות בעתירה זו צריכות להשקל באופן ספציפי הכולל את מעמדם בקרקע, את הסכמתם בעל פה ובכתב (ע/15) של בעלי האדמות הפרטיות לשיבתם, את העובדה שיש הליכים תכנוניים תלויים ועומדים ויוזמה תכנונית של תכנון מפורט; את העובדה שתכנית אל ג'בל מערב הוכנה כתיקון לתוכנית 420/4 והדבר אפשרי, את העובדה שהשטח אינו מיועד לאף תכנון מפורט ספציפי כיום; את הסתמכותם על עיזריה לצורך קבלת שירותים בסיסים; את הצורך התרבותי הייחודי ביישוב העונה לצרכי המרעה ושאר הצרכים החברתיים של תושבי הקהילה וכדומה.

שיקולים אלו צריכים לבוא לידי ביטוי בדיון תכנוני שהעותרים מבקשים מהמשיבים לקיים, בעתירה זו.

פגיעה בזכויות אדם - הזכות לדיור

247. הזכות לדיור הינה זכות המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט הנכבד חזר ופסק כי העדר קורת גג עולה כדי פגיעה בכבודו של אדם. בע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל נ' רייז פ"ד נח(3) 934, 942 נפסק שהזכות למדור מהווה חלק מן הזכות למינימום תנאי קיום אנושי ונתפסת כזכות יסוד בעלת תוקף חוקתי. בבג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 נפסק: "ביתו של אדם אינו רק קורת הגג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים. כמה זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני".

248. הזכות לדיור מוכרת גם במשפט הבינלאומי בשורה ארוכה של אמנות וביניהן סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966. זכות זו תופר במידה והמשיבים לא יאפשרו מיצוי ההליכים התכנוניים ויחריבו את הכפר על בסיס הצו וההכרזה.

הזכות לתכנון ולפיתוח

249. הזכות לדיור כוללת בחובה גם את הזכות לתכנון. ישראל חתמה על הכרזת איסטנבול בדבר ישובים אנושיים הקובעת כמטרה בסעיף 4 את הטיפול בחוסר בתכנון נאות. אף הפסיקה קבעה כי: "דין התכנון...זכה למימדים ולמשמעויות שלא היו לו בעבר. איננו מדברים עוד כבעבר – אך בשימושי קרקע למיניהם, אלא בתפיסה סביבתית כוללת של חברה, של כלכלה ושל איכות חיים בעיר ובכפר" (בג"צ 2920/94 אדם טבע ודין, ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואח', פד"י נ(3) 441, 454-455).

250. הזכות לפיתוח הוכרה כזכות אדם בהכרזה בדבר קידום חברתי ופיתוח משנת 1969 ובהכרזה בדבר הזכות לפיתוח משנת 1986. הזכות לפיתוח משמעה גם מעבר מחיים סמי-נוודיים להתיישבות במבני קבע כפי שמאפיין אוכלוסיות ילידיות והאוכלוסיה הבדואית בכללה. זכות זו משמעה גם התייחסות למנהג המקומי של הסכמה בעל פה של בעלי הקרקע, המאפיין את אוכלוסיית הבדואים הפליטים בגדה המערבית וכן במכתב של עיריית עיזריה (ע/15).

251. הזכויות על פי האמנה לזכויות אזרחיות ניתנות להגבלה רק על פי סעיף 4 לאמנה ובית הדין בפסקה 136 לחוות הדעת המייעצת מדגיש, כי הגבלה על הזכויות צריכה לעמוד במבחן המידתיות ויש לנקוט באמצעי הפחות פוגעני על מנת להשיג המטרה הרצויה. אף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בפסקת ההגבלה, סעיף 8, את המידתיות כאלמנט חשוב בסטייה

משמירה על זכויות האדם. סעיף 4 לאמנה לזכויות חברתיות קובע, ופסקה 136 לחוות הדעת המייעצת מדגישה את הסיפא שבו, כי: "...רשאית המדינה לסייג זכויות אלה רק באותן הגבלות כפי שנקבעו בחוק, ורק באותה מידה שהדבר עשוי להתיישב עם טבען של זכויות אלה, ואך ורק למטרת קידומה של הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית". המשיבים לא עמדו בתנאי ההסתייגות הרלוונטיים.

252. נדמה, כי המשיבים בהתעלמותם עושים כל שביכולתם למנוע מהעותרים הסדרה תכנונית ליישובם למרות שבאופן פורמלי הליכים תכנוניים ביוזמת האוכלוסיה המקומית כמו עיריית עיזריה ותושבי ג'בל אל באבא עצמם צריכים להתקבל בלב פתוח ונפש חפצה על ידי המשיבים. נראה שהמשיבים פועלים, מתוך מטרה מכוונת או עקיפה, להרע את מצבם של תושבי הכפר למצב של תת-פיתוח מבחינה חברתית, הבראות, החינוכי והכלכלי כדי לאלצם להתפנות. בכך מפרים המשיבים את חובתם על פי האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות אותה אשררה מדינת ישראל.

253. תוצאת העדר הסדרה תכנונית כאמור, הינה הריסת היישוב כולו ומניעת היכולת של התושבים לחיות בקהילתם באופן חוקי. בפועל מדובר בהפלה של אוכלוסיה שלימה ודחיקתה לגדר עבריינות תכנונית במקומם הנוכחי עם כל בניה מחדש של מבני מחסה להם ולידיהם, ואם לא במקום הנוכחי, אז במקום אחר בגדה המערבית בו יבנו לעצמם מחסה בלית ברירה.

254. יודגש לבסוף, כי צרכי המוביליות של האוכלוסיה הבדואית מוסברים ביתר פירוט בחו"ד האנתרופולוגית המשלימה שהוגשה בבג"צ 2733/14 (תלוי ועומד) המדגישה, מספר היבטים שהם איגהרנטיים לחייהם של התושבים הבדואים בדקייקה, כפר בדואי בדרום הר חברון. דברים אלו תקפים גם לגבי כלל האוכלוסיה הבדואית באיזור מרכז הגדה המערבית כולל בג'בל אל באבא. ההיבטים המשפיעים על המוביליות הבדואית הם האקלים, המרעה והמים, מחזור החיים של התושבים ומקנם. במובן זה המילה בדואי טומנת בחובה את המשמעות החיובית של המוביליות וההתיישבות ברחבי השטח. חיי הבדואים צריכים לקבל הכרה ומענה ולא קיר חוסם ומאשים. זאת בייחוד, כפי שדווקא מחקר עמותת במקום מעלה, שכל הבניה, הישנה והחדשה, במהלך השנים נעשית בתוך גבולות ספציפיים כעיבוי פנימי ולא מחוצה לה תוך התפזרות חסרת רסן שבאה לבזבז משאבי טבע יקרים.

מצ"ב חו"ד אנתרופולוגית של שולי הרטמן, במקום, שנלוויתה לבג"צ 2733/14 בעניין הכפר דקייקה, דרום הר חברון, ומסומנת ע/40

זכות לתנאי מחיה מינימאליים

255. הזכות לתנאי מחיה מינימאליים הוכרה בסעיף 25 להכרזה בדבר זכויות האדם משנת 1948 ובסעיף 11 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכלית, חברתיות ותרבותיות. בדו"ח במקום "זכויות תכנון בישראל – דין וחשבון" משנת 2005 מציין פרופ' אלכס אלכסנדר שלושה היבטים תכנוניים של הזכות לתנאי מחיה מינימאליים – הזכות לתכנית שמבטיחה תשתיות, נגישות ושירותים מינימאליים לקיום אנושי (עמ' 13-14 לדו"ח).
<http://www.bimkom.org/dynContent/articles/Alex5.pdf>

256. שלושה היבטים אלו הופרו על ידי המשיבים עם אי היענות לבקשת תושבי הכפר לדחות את ההכרעה בהשגה עד למיצוי ההליכים התכנוניים, בייחוד לאור דחיפותה. האחרונים מסרבים להעניק לתושבי הכפר את ההזדמנות לנהל את ההליך התכנוני למציאת פתרון למצבם של הישוב ותושביו וכתוצאה מכך אין כל אפשרות לקדם קיומן של תשתיות, נגישות ושירותים בסיסיים לתושבי הכפר. חמור מכך, התעלמות המשיבים דווקא בעת הזו, כאשר ניתן להכשיר את קיומה של הקהילה במקומה ולמנוע ממנה סבל מיותר מעידה על קשיות עורפם למרות שהם מכירים בוודאי בחשיבותם של הליכים תכנוניים כהליך המאפשר איכות חיים ולא הורס אותם.

257. על המשיבים חלה החובה למצוא אמצעים פחות חמורים ומידתיים יותר לפתרון הבעיה של העדר תכנון מחד, וקיומם של בב"חים מרובים מאידך. בשל התנגדות תושבי הכפר להעברתם בכוח ניתן להניח, כי חלקם ימשיך לחיות באזור, כפי שחי באותו מצב של תנאים קשים במשך שנים ארוכות. תוצאתה של מדיניות ההרס יחריף וינציח את חייהם של התושבים במצב תברואתי ובתנאי בריאות קשים, כפי שהיה בעבר, ולא יפתור את בעיית מגוריהם.

258. בשולי עתירה זו יצוין, כי לאור מועד הגשתה, העותרים מבקשים לשמור לעצמם את הזכות לצרף מסמכים נוספים המוכיחים את מעמדם בקרקע כפי שידרש.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים וצו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תגובת המשיבים להפוך הצו על תנאי להחלטי. כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ובשכר טרחת עורכת הדין.

נמסר עמר-שיף, עו"ד
באת-כח העותרים

הוגש היום: 25.12.2017

תצהיר

אני הח"מ, עטאללה חסין עודה מזרעה, ת.ז. 990593550 לאחר שהזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזה בכתב כדלקמן:

1. אני ראש הועד המקומי לקהילת ג'בל אל-באבא נותן תצהירי זה לתמיכה ולאומות האמור בה.
2. הריני להצהיר כי האמור בעתירה בפעמים..... הינו בידיעתי האישית והינו נכון לפי מיטב ידיעתי.
3. אני מצהיר כי השם דלעיל הוא שמי, החתימה דלמטה היא חתימתי, וכי תוכן תצהירי זה אמת.



המצהיר

הנני מאשרת, כי ביום 23/12/17 הופיעה בפני עו"ד מאמר, המוכר לי אישית ולאחר שהזהרתי/ו, כי עליה/ו להצהיר את האמת וכי ת/יהיה צפוי לעונשים הכתובים בחוק אם לא ת/יעשה כן, ולאחר שתרגמתי לה/ו את התצהיר לערבית אישר/ה את נכונות הצהרתה/ו הנ"ל וחתמ/ה עליה.

עו"ד

תצהיר

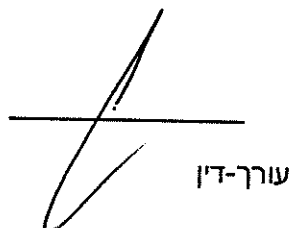
אני הח"מ אלון כהן, נושא ת"ז 23714595 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים כחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזה בכתב כדלקמן:

1. אני אדריכל בעמותת בעמותת "במקום- מתכננים למען זכויות תכנון".
2. אני עושה תצהירי זה לתמיכה בעתירת תושבי ג'בל אל באבא כנגד פינויים בכפיה על ידי הכרזה על שטח הכפר כשטח מתוחם על פי צו בדבר מבנים בלתי מורשים (מס' 1539) משנת 2003 ולקידום תכנון מרחבי במקומם, בין השאר על בסיס היכרות רבת שנים את הקהילה.
3. הריני לאשר, כי העובדות והטענות בעתירה המתייחסות לתכנית רעיונית לכפר, וכן לתוצאות מחקר ומיפוי שנעשה בג'בל אל באבא על בסיס תצלומי אוויר ועבודת שטח עד ליום 6.12.2017 (כולל), הינן אמת למיטב ידיעתי.
4. תוכן תצהירי זה הינו אמת ונכון ולראייה באתי על החתום.



המצהיר

הנני מאשרת בזה כי ביום 24.12.2017 הופיע בפני מר אלון כהן המוכר לי אישית ואחרי שהזהרתיו כי עליו להצהיר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו הנ"ל וחתם עליה.



עורך-דין

חותמת