בבית המשפט העליון
<u>בשבתו כבית משפט גבוה לצדק</u>

1. ועד תושבי הכפר אלח'אן אלאחמר
2. אבראהים מוחמד נצר אבו דאהוק ת"ז 991970740
3. נצר אחמד חסן ג'האלין ת"ז 920664091
4. עבדאללה נצר מוחמד ג'האלין ת"ז 853808582
5. ח'מיס עיד ח'מיס ג'האלין ת"ז 420342941
6. ג'מאל אחמד חסן ג'האלין ת"ז 949988786
7. נצר מוחמד נצר אבו דאהוק ת"ז 994476836
8. מוסא אחמד חסן ג'האלין ת"ז 850241605
9. יוסף מוחמד נצר אבו דאהוק ת"ז 949988745
10. מחמוד מוחמד נצר אבו דאהוק ת"ז 944839455
11. מוחמד אחמד חסן ג'האלין ת"ז 852163971
12. אחמד חסן מוחמד ג'האלין ת"ז 992732867
13. יוסף אחמד חסן ג'האלין ת"ז 906414164
14. פייסל אבראהים ח'דר אבו דאהוק ת"ז 900116138
מכפר אלח'אן אלאחמר
ע"י ב"כ עו"ד סאיד קאסם (מ"ר 23791)
ו/או עו"ד תאופיק ג'בארין
ת"ד 4554, רחוב ראשי, טירה 4491500
טל': 09-7937755, פקס: 09-7937754

<u>העותרים</u>

נ ג ד

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. ראש המנהל האזרחי
3. מועצת התכנון העליונה
4. ועדת המשנה לפיקוח על הבניה
5. היחידה המרכזית לפיקוח
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח אלדין, ירושלים

<u>המשיבים</u>

<u>עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים</u>

ביום 24.05.2018 דחה בית המשפט הנכבד עתירות שהוגשו ע"י חלק מתושבי הכפר אלח'אן אלאחמר במסגרת תיקי בג"צ 2242/17 (בעניין צווי הריסה נגד בית הספר שהוקם במקום) ובג"צ 9249/17 (בעניין צווי הריסה נגד מבני המגורים של תושבי הכפר). בית המשפט הנכבד קבע כי "שורת הדין היא שאין עילה משפטית להתערב

בהחלטתו של שר הביטחון לממש את צווי ההריסה שהוצאו למבנים הבלתי חוקיים שבחאן אל-אחמר."

יש להדגיש כי תושבי הכפר אלח'אן אלאחמר (להלן – "תושבי הכפר") עמלו מזה מספר חודשים להכנת תכנית מפורטת לשינוי היעוד של שטח הכפר על מנת להסדיר את הבינוי במקום מבחינה תכנונית. הכנתה של התכנית המפורטת הושלמה בימים האחרונים, ולאחר מתן פסק הדין של בית המשפט הנכבד מיום 24.05.2018 הנ"ל. ביום 5.07.2018 פנה נציג של התושבים למשיבים וביקש להגיש את התכנית למוסדות התכנון המוסמכים. אולם, המשיבים סירבו לקבל מסמכי התכנית המפורטת וסירבו לפתוח תיק בלשכת התכנון בטענה כי חסרים מסמכים להוכחת בעלות תושבי הכפר במקרקעין שבתחום התכנית.

על כן, מוגשת עתירה זאת לבית המשפט הנכבד, שעילתה היא הסירוב של המשיבים לקבל את התכנית המפורטת מטעם תושבי הכפר וסירובם לקיים דיון בתכנית. עילה זאת נוצרה אחרי פסק הדין מיום 24.05.2018, והיא לא נדונה כלל בעתירות שהיו בפני בית המשפט הנכבד.

מכאן, מוגשת עתירה זו למתן צו על תנאי כנגד המשיבים המכוון אליהם והדורש מהם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יקבלו פיזית את הבקשה לתכנית מפורטת שמטרתה הסדרת הבינוי של הכפר אלח'אן אלאחמר.

2. מדוע לא יבטלו ו/או יעכבו את ביצוע צווי ההריסה שהוצאו כנגד המבנים של הכפר אלח'אן אלאחמר עד להכרעה ומתן החלטה בתכנית המפורטת מטעם תושבי הכפר.

<u>בקשה לצו ביניים</u>

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים האוסר על המשיבים לבצע את צווי ההריסה כנגד המבנים של כפר אלח'אן אלאחמר וזאת עד לדיון והכרעה בעתירה.

צו הביניים נועד לשמור על המצב הקיים ומניעת נזקים בלתי הפיכים לתושבי הכפר כתוצאה מביצוע הצווים. בעוד שאי הוצאת צו הביניים תסב נזקים בלתי הפיכים לתושבי הכפר, הוצאת צו הביניים לא תגרום כל נזק למשיבים, בוודאי ככל שהעתירה תוכרע לטובתם של העותרים.

נימוקי העתירה

א. הקדמה

עניינה של העתירה כאן הוא סירובם של המשיבים לקבל לידיהם תכנית מפורטת שהכינו לאחרונה תושבי הכפר אלח׳אן אלאחמר לשם הסדרת הבינוי הקיים בתחום הכפר.

מאחורי הסירוב של המשיבים לפתיחת תיק לתכנית המפורטת שהוכנה ע״י תושבי הכפר עומדת תכניתם של המשיבים לגרש את העותרים ותושבי הכפר אלח׳אן אלאחמר (להלן – ״תושבי הכפר״), בני השבט הבדואי אלג׳האלין, שמתגוררים באזור C בקרבת התנחלות כפר אדומים, מזה עשרות שנים. המשיבים מתכוונים לגרש את תושבי הכפר באופן שרירותי, מתוכנן וממוסד על מנת להרחיב את גוש ההתיישבות היהודית במקום, ופעילותם הנמרצת של המשיבים ליישום המטרות הפוליטיות המוכרזות בעליל, לפינוי שטח הכפר מהאוכלוסיה הפלסטינית הבדואית. מדיניות זו של המשיבים אינה חדשה, והחלה כבר בשנות התשעים של המאה הקודמת, כאשר פונו רבים משבט אלג׳האלין ממקומות מגוריהם סמוך ליישוב מעלה אדומים על מנת להרחיבו, והעברתם לשכונת אלג׳בל ליד אבו דיס שתוכננה עבורם. כיום ההיסטוריה חוזרת על עצמה והמשיבים מבקשים שוב להעביר את תושבי הכפר אלח׳אן אלאחמר למקום חלופי, על דעת עצמם, תוך התעלמות מקיומם של תושבי הכפר, וזאת לאחר שנכשלו בעבר ניסיונות הטרנספר, שהאחרון בהם היה ניסיון ב-2012 ליישום תכניתם הפוגענית של המשיבים שמטרתה להעביר תושבים משבט אלג׳האלין המתגוררים בין ירושלים ליריחו, צמוד לאתר סילוק הפסולת אבו דיס.

ב. העובדות

1. העותר 1 הינו ועד תושבי הכפר אלח׳אן אלאחמר, התארגנות של תושבי הכפר שמטרתה קידום ענייניו של הכפר והגנה על זכויות תושביו ופיתוח הכפר והכרת הרשויות בכפר. העותר 2 הינו תושב הכפר אלח׳אן אלאחמר ומכהן בתפקיד של ״המוכתר״ ומוענקות לו סמכויות של רשות מקומית בתחום הכפר. עותרים 3-14 הינם תושבי הכפר אלח׳אן אלאחמר.

2. הכפר אלח׳אן אלאחמר נמצא בין ירושלים לבין יריחו, בקרבת התנחלות כפר אדומים. תושבי הכפר משתייכים לשבט הבדואי אלג׳האלין ומקורם הוא מהנגב ממנו הם גורשו אחרי שנת 1948 לאחר הקמת מדינת ישראל. התושבים השתקעו באזור הכפר בהסכמת בעלי הקרקעות של הכפרים באזור, ענאתא, אלעיזריה ואבו דיס.

3. המשיבים אינם מכירים בקיומו של הכפר ומבקשים לפנות את תושביו למקום אחר, במטרה להרחיב את ההתנחלויות היהודיות במקום. על כן, במשך השנים, המשיבים הוציאו צווי הריסה כנגד המבנים של הכפר.

4. ביום 24.05.2018 דחה בית המשפט הנכבד עתירות שהוגשו ע"י חלק מתושבי הכפר אלח'אן אלאחמר במסגרת תיקי בג"צ 2242/17 (בעניין צווי הריסה נגד בית הספר שהוקם במקום) ובג"צ 9249/17 (בעניין צווי הריסה נגד מבני המגורים של תושבי הכפר). בית המשפט הנכבד קבע כי "שורת הדין היא שאין עילה משפטית להתערב בהחלטתו של שר הביטחון לממש את צווי ההריסה שהוצאו למבנים הבלתי חוקיים שבחאן אל-אחמר."

מצ"ב העתק מפסק הדין של בית המשפט העליון מיום 24.05.2018 מסומן ע/1.

5. מזה מספר חודשים עמלים תושבי הכפר על הכנת תכנית מפורטת לשינוי היעוד של שטח הכפר על מנת להסדיר את הבינוי במקום מבחינה תכנונית. יוזמה זאת באה לאחר שהמשיבים סירבו להתייחס ליוזמה תכנונית מטעם התושבים ואשר הוכנה ע"י עמותת במקום. בהקשר הזה, בית המשפט העליון ציין בפסק הדין בבג"ץ 9249/17 הנ"ל כי "בחודש מרץ 2014 הגישו תושבי המתחם מסמכים שונים למינהל האזרחי, ביניהם מסמך שחובר על-ידי עמותת 'במקום'; ביום 19.3.2014 נמסר לתושבים בתגובה, כי מסמכים אלו אינם מהווים תכנית כהגדרתה בדין, ומדובר בהעלאת רעיונות כלליים בלבד." (ראה פסקה 37 לפסק הדין). ואכן, היוזמה התכנונית שהוגשה מטעם תושבי הכפר ע"י עמותת במקום הינה תכנון רעיוני בלבד ואיננו מהווה תכנון סטטוטורי העונה על הגדרת "תכנית, בהתאם לחוקים החלים באזור. על כן, העותרים הכינו תכנית מפורטת סטטוטורית שעונה על ההגדרה "תכנית" בהתאם לדין וביקשו להגישה לידי המשיבים ביום 5.07.2018. עו"ד לינא בדרי מראמאללה פנתה ביום 5.07.2018 ללשכת התכנון בבית אל וביקשה להגיש את התכנית המפורטת לידי המשיבים. פקיד מטעם המשיבים בשם בסאם חנבלי סירב לקבל את התכנית בטענה שאין בידי מגישי התכנית הוכחה על בעלותם במקרקעין. הפקיד גם סירב למסור לידי עו"ד בדרי אישור על סירוב להגיש את התכנית.

מצ"ב העתק ממסמכי התכנית המפורטת שביקשו העותרים להגיש למשיבים מסומנים: הוראות התכנית ע/2; הפרוגרמה ע/3; תשריט גבולות החלקות ע/4; תשריט מצב קיים ומצב מוצע ע/5.

מצ"ב העתק מתצהיר של עו"ד לינא בדרי בעניין הגשת התכנית המפורטת ביום 5.07.2018 מסומן ע/6.

6. התכנית המפורטת אשר הכינו העותרים כוללת שטח של כ- 36 דונם, המסדירה את רוב הבינוי הנמצא בתחום הכפר אלח'אן אלאחמר. התכנית כוללת את

המסמכים שלהלן: א. הוראות תכנית. ב. פרוגרמה. ג. תשריט גבולות חלקות. ד. תשריט מצב קיים ומצב מוצע.

7. בהתאם לפרוגרמה של התכנית, גרים בשטח התכנית 28 משפחות הכוללות 161 נפשות, הגרים בכ- 142 מבנים (סככות ומאהלים).

8. **כאמור, המשיבים סירבו לקבל את התכנית המפורטת. על כן, מוגשת עתירה זאת לבית המשפט הנכבד, שעילתה היא הסירוב של המשיבים לקבל את התכנית המפורטת מטעם תושבי הכפר וסירובם לקיים דיון בתכנית. עילה זאת נוצרה אחרי פסק הדין מיום 24.05.2018, והיא לא נדונה כלל בעתירות שהיו בפני בית המשפט הנכבד.**

מדיניות התכנון בגדה המערבית

9. למערכת התכנון בגדה המערבית המופעלת על ידי המינהל האזרחי, הייתה השפעה מכרעת על מפת הגדה המערבית. בדומה למנגנונים אחרים שהוקמו בשטחים, פועלת מערכת זו בשני מסלולים נפרדים: אחד ליהודים ואחד לפלסטינים. בעוד מערכת זו פעלה בצורה נמרצת להקמת ההתנחלויות ולהרחבתן, היא עשתה כל שביכולתה כדי למנוע הרחבה של הישובים הפלסטיניים.

10. החקיקה הירדנית בתחום התכנון, שהייתה בתוקף בגדה המערבית ערב הכיבוש, עוגנה ברובה בחוק תכנון ערים, כפרים ובניינים מספר 79, משנת 1966 (ראה לעניין זה: **דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה ושומרון**, בעריכת רס"ן אהרון משניות (הפרקליטות הצבאית והמינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון), עמ' 4-158). חוק זה מגדיר שלושה סוגים של תכניות מתאר, הכפופות אחת לשניה בסדר ההיררכי, ברמת פירוט הולכת וגדלה: תכנית מתאר אזורית, תכנית מתאר מקומית-כללית ותכנית מפורטת. תכניות אלה נערכות על ידי כמה מוסדות, בהתאם למדרג זה: מועצת התכנון העליונה, ועדות תכנון מחוזיות וועדות תכנון מקומיות. מועצות הכפרים והעיריות מתפקדות כוועדות תכנון מקומיות, כנהוג גם בתוך ישראל. החוק קובע גם הוראות בנוגע לחובת ההתייעצות עם הגורמים הרלוונטיים, בנוגע לפרסום התכניות והפקדתן לעיון הציבור, וכן בנוגע לשמיעת התנגדויות ועוד.

11. בשנת 1971 שינתה ישראל את חוק התכנון הירדני באמצעות צו צבאי, שתוקן פעמים מספר בשנים שלאחר מכן (לעניין זה ראה: **צו בדבר חוק תכנון ערים כפרים ובניינים** (יהודה ושומרון) (מס' 418), תשל"א-1971). הצו איפשר לישראל לשנות את מבנה מערכת התכנון בגדה המערבית שהיה קיים בתקופת השלטון הירדני באופן שישקף באורח כמעט בלעדי את האינטרסים של הממשל

הישראלי ושל ציבור המתנחלים, תוך צמצום מרבי של ייצוג הציבור הפלסטיני ושל יכולתו להשפיע על ההחלטות בתחום זה.

12. לאחר החתימה על הסכם הביניים בשנת 1995, ובעקבות הפריסה מחדש של צה"ל בשנים שלאחר מכן, הועברו סמכויות התכנון באזורי A ו-B לרשות הפלסטינית. באזורי C, המהווים כיום כ- 60% משטח הגדה המערבית, נותר המצב על כנו.

13. האמצעי העיקרי בו השתמשה ישראל כדי להגביל את הבניה בקרב האוכלוסיה הפלסטינית, מחוץ לתחום השיפוט של העיריות, היה היעדר תכנון. הממשל הישראלי נמנע מעריכת תכניות מתאר אזוריות עדכניות לגדה המערבית. כתוצאה מכך, עד להעברת הסמכויות לרשויות הפלסטינית באזורי A ו- B, ובאזורי C עד היום, נותרו בתוקף שתי תכניות מתאר אזוריות שנערכו על ידי המנדט הבריטי בשנות הארבעים, אחת לצפון הגדה והיא S/15 ואחת לדרומה והיא RJ/5.

14. תכניות המתאר המנדטוריות היו עוד בשנים הראשונות לכיבוש, וקל וחומר היום, בסיס בלתי סביר לתכנון אורבני. הסיבה העיקרית לכך היא הפער, שהלך והתרחב עם השנים, בין גודל האוכלוסייה בתקופת עריכת התכניות לבין גודל האוכלוסייה בפועל. השטחים בהם ניתן היה לבנות לפי תכניות אלה, שהם בדרך כלל סביב האזורים הבנויים, נוצלו תוך זמן קצר ורוב שטחי הגדה המערבית המשיכו להיות מוגדרים כ"אזור חקלאי" או כ"שמורת טבע", שאסור לבנות בהם.

15. תכניות המתאר הבריטיות אינן מתאימות לצרכי האוכלוסיה הפלסטינית גם בשל העובדה שהן מתייחסות לארבעה ייעודי קרקע בלבד: אזור חקלאי, אזור פיתוח, שמורת טבע ושמורת חוף.

16. חלוקה זו אינה כוללת ייעודי קרקע אחרים הנמצאים בתכניות המתאר המחוזיות החלות בישראל (אזורי תעשיה, אזורי תיירות, אזורי חציבה ועוד). בנוסף, התכניות קובעות כי השטח המינימלי לבניית יחידת דיור אחת הוא אלף מטר והן אינן מאפשרות לבצע חלוקה של השטח (פרצלציה) ליחידות קטנות יותר.

17. בתחילת שנות התשעים ערכה לשכת התכנון המרכזית של המינהל האזרחי "תכניות מתאר מיוחדות חלקיות" לכ- 400 כפרים בגדה המערבית. תכניות אלה נועדו להחליף את התכניות המפורטות, הנדרשות לפי החוק הירדני. אולם במקום לאפשר פיתוח של הכפרים הן היוו, למעשה, תכניות תיחום: לצורך עריכת התכניות, נערכו צילומי אוויר של כל כפר ושורטט קו סכמטי מסביב

לאזור המיושב והבניה מעבר לאותו קו נאסרה. לפי תכניות אלה, הבנייה בכפרים הפלסטיניים אמורה להתבצע בדרך של Infill, שמשמעותה בניה באזורים הפנויים בתוך השטח המתוחם באמצעות בנייה לגובה והגדלה הדרגתית של רמת הצפיפות.

18. בקשות שפלסטינים הגישו (ועדיין מגישים באזורי C) למינהל האזרחי להיתרי בניה על אדמותיהם הפרטיות, הנמצאות מחוץ לאזורי התיחום, נדחו ברוב המכריע של המקרים. הנימוקים לדחיה מסתמכים הן על תכניות התיחום (הימצאות הקרקע מחוץ לשטח התכניות), והן על תכניות המתאר המנדטוריות (הגדרת השטח כאזור חקלאי או כשמורת טבע). בין השנים 1996-1999 הנפיק המינהל האזרחי 79 היתרי בנייה בלבד. ראה: Amnesty International, **Demolition and Dispossession: the destruction of Palestinians Homes** MDE s/15 059/ 1999 (December 1999).

פלסטינים שבנו בית בלא רישיון קיבלו צווי הריסה מהמינהל האזרחי, כגון העותרים דנן.

19. בחלק מאזורי הגדה המערבית, בעיקר ברצועת הגבעות המערביות, הגבול של אזורי A או B חופף כמעט לחלוטין את גבול השטח הבנוי של היישוב הפלסטיני, שהוא הגבול של תכניות התיחום. רוב האדמות הפנויות לבנייה, הנמצאות בפאתי הכפרים, נמצאות באזורים שסמכויות התכנון בהם נותרו בידי ישראל. לפיכך, להעברת סמכויות התכנון והבניה באזורי A ו-B לרשות הפלסטינית אין כל משמעות מעשית בחלק גדול מהמקרים.

20. המשיבים לא ערכו כל תוכנית מיתאר לכפר של העותרים, אלח'אן אלאחמר. מדובר בכפר בדואים החיים את חייהם בהתאם למנהגים הבדואים. מאחר ותושבי הכפר היו במקור תושבי הנגב אשר גורשו מאדמותיהם בשנת 1948, הם התיישבו באזור אלח'אן אלאחמר על אדמות פרטיות של תושבים פלסטינים תושבי הכפרים ענאתא, אלעיזריה ואבו דיס. האדמות הכלולות בתחום התכנית המפורטת, חלקות 33-34 בגוש 1 של אדמות הכפר ענאתא, הינן מוסדרות ובבעלות תושבי כפר ענאתא אשר הסכימו למגורי העותרים ובני השבט שלהם אלג'האלין באדמותיהם.

ג. <u>הטיעונים המשפטיים</u>

1. השאלה שעומדת על הפרק היא מדוע נמנעו המשיבים מפתיחת תיק לתכנית המפורטת שהוגשה ע"י העותרים, ונמנעו בכך מלקיים דיון לגופו של עניין

בתכנית עצמה. העותרים הינם ועד תושבי הכפר אלח'אן אלאחמר, התארגנות וולנטארית של תושבי הכפר, וכן המוכתר של הכפר, עותר 2, שהינו הרשות המקומית האחראית על הכפר, וכן תושבים מהכפר. אין בידי העותרים הוכחת בעלות על המקרקעין שבתחום התכנית, אך אין חולק כי הם "המחזיקים" במקרקעין מזה כשבעים שנה, ואף בנו את בתי המגורים שלהם באותם מקרקעין. על כן, יש לראות בעותרים המחזיקים במקרקעין כ"בעלים" לצורך יזום והגשת תכנית שבאה להסדיר את מבני המגורים שלהם ואת הכפר שלהם. אמנם העותרים אינם "המחזיקים" או "הבעלים" של כל המקרקעין שבתחום התכנית, אולם אין בכך כדי לשלול את זכותם של העותרים ליזום ולהגיש תכנית על המקרקעין שבתחום הכפר שלהם, ואשר משפיעה על עצם הקיום שלהם והתפתחות המקום. גם רשות מקומית זכאית ליזום ולהגיש תכנית בתחום השיפוט שלה, ועל כן המוכתר זכאי ליזום ולהגיש, בשם הכפר, תכנית הנוגעת לכפר. על כן, היה על המשיבים לקלוט את התכנית ולקיים בה דיון לגופו של עניין.

2. על פי הוראות חוק תכנון ערים וכפרים ובניינים משנת 1966 חוק זמני מס' 79 החל באזור, העותרים בהיותם המחזיקים במקרקעין ובעלי המבנים הבנויים על המקרקעין בתחום התכנית זכאים ליזום ולהגיש את התכנית.

סעיף 2 (26) לחוק תכנון ערים כפרים ובניינים מס' 79-לשנת 1966, (להלן: "**החוק הירדני**").מגדיר "בעלים" בזו הלשון:

> """**הבעלים**"- בכל הנוגע לכל בנין או קרקע שהם – הבעלים הרשומים, הבעלים הידועים, כל שותף בבעלות, הממונה על הקדש, השוכר לפי חוזה שכירות, הרשום במשרד רשם הקרקעות; ואם הבעלים נעדר או אין אפשרות לאתר אותו או את כתובתו – ייחשב כבעלים האדם המקבל את דמי השכירות, הכנסות או רנטה מהבנין או הקרקע או שהיה מקבל את דמי השכירות או ההכנסות אם היו מושכרים. הבעלים כוללים גם את המשלם מסים ותשלומים עבור הבנין או הקרקע בין אם הדבר נעשה על חשבונו הפרטי או בהיותו בא כוח או נאמן עבור אדם אחר. שלחה ועדת התכנון המחוזית זימון בכתב לדייר והדייר לא מסר את שם וכתובת הבעלים, ייחשב הדייר יכלול המונח "בעלים" את המהנדס, הבנאי, הקבלן וכל האנשים – וכן באי כוחם – בהתאם לחוק זה בענין הבנין או הקרקע; אם נעדר בעל הרשיון או שלא ניתן לאתרו, כבעלים. כמו כן ייחשב כבעלים מי שברשותו רשיון בנייה או כל רשיון אחר שניתן שהקימו את הבנין כאמור, או שביצעו את העבודה נשוא הרשיון או את העבודה שהיה צורך להוציא רשיון עבורה וכן כל האנשים האחראים לכך; אך למעט פועל המועסק על ידי אדם או אנשים כאמור".

אם כן, מאחר והעותרים הינם "הבעלים הידועים" והמחזיקים בפועל של המקרקעין, הם זכאים ליזום ולהגיש את התכנית.

3. סעיף 23(א)(3) לחוק הירדני קובע בזאת הלשון:

<u>תכנית תכנון מפורטת</u>

<u>סעיף 23-</u>

> **<u>3-א-</u>** "הוועדה המקומית רשאית להכין, בכל עת, תכנית מפורטת עבור קרקע כלשהי הנמצאת במרחב התכנון שלה, או להחליט על אימוץ של כל **תכנית המוצעת על ידי כל בעלי הקרקע האמורה <u>או חלק מהם</u>**, עם או בלי תיקונה. תכנית כזו לא תבוצע אלא לאחר שקיבלה את הסכמת הוועדה המחוזית שתהא רשאית לסרב לאשר את התכנית כל עוד לא יוכנסו בה שינויים ויתמלאו בעניין זה, התנאים הנראים לה". (ההדגשות נוספו, לא במקור).

4. יצוין, כי סעיף 23(3)(א) לחוק הירדני מאמץ את ההסדר שנקבע בסעיף 14 לפקודת בניין ערים- 1936, שחלה על האזור בתקופת המנדט הבריטי, וערב חקיקתו של החוק הירדני, וזוהי לשונו של סעיף 14 הנ"ל:

> **<u>תכנית מפורטת</u>**
>
> 14. (1) "הרשות בידי ועדה מקומית להכין בכל עת תכנית בנין ערים מפורטת בקשר עם כל קרקע באזור לבנין ערים, או לקבל, אם בתקונים ואם בלא תקונים, כל תכנית לבנין ערים שהוצעה ע"י כל הבעלים של אותה קרקע או **<u>ע"י מקצתם של בעלים אלו</u>**. תכנית זו לא תקבל תוקף אלא אם כן נתאשרה ע"י הועדה המחוזית, וועדה זו רשאית לסרב לאשרה, אם לא יעשו בה תקונים שתמצא לראוי לדרוש ואם לא יקיימו בה תנאים שתמצא לראוי להטיל" (ההדגשות נוספו, לא במקור).

5. משמע, המשיבים פעלו בניגוד לדין עת סירבו לקבל מידי העותרים את התכנית מאחר והעותרים הינם חלק ואף חלק נכבד מבעלי המקרקעין, מקום שלשון החוק שאיננה משתמעת לשתי פנים, מחייבת אותם כן לקלוט את התכנית המפורטת שהוגשה ע"י העותרים ולקיים בה דיון לגופו של עניין ולשקול לאשרה. מטעם זה בלבד יש לקבל את העתירה.

6. בנוסף לכך, הדרישה של המשיבים לצרף מסמכים המוכיחים את בעלות העותרים על כל שטח התכנית איננה עומדת בהוראות החוק שכן היזם של התכנית הינה הרשות המקומית והוא העותר 2, המוכתר, אשר מייצג את הציבור.

7. מקום שמדובר בתכנית מתאר של כפר הכוללת כל השטח של הכפר והיזומה ע"י גוף ציבורי, שהוא המוכתר או הועד של הכפר, ברור שאין כל צורך בהוכחת בעלות, וגם לא מתעורר החשש של תכנון היזום ע"י אדם זר במקרקעין של אדם אחר.

8. העותר יטען כי על פי פקודת המוכתרים (מינוי) משנת 1942, שעודנה בתוקף הן בישראל והן בגדה המערבית, ניתנו סמכויות נרחבות למוכתר, ובין היתר מילוי תפקידים המסורים למוכתר לפי המנהג או על פי כל פקודה או חוק אחר. וכך קובע סעיף 4 לפקודה:

> "4. המוכתר ישמש בכל אותן הסמכויות וימלא את כל אותם התפקידים המסורים למוכתר לפי המנהג או עפ"י כל פקודה או חוק אחר שיש להם תוקף בזמן מתן התוקף לפקודה זו, וכן את כל אותם הסמכויות והתפקידים שייחדום להבא למוכתר עפ"י כל פקודה או חוק אחר."

על פי המנהג, המוכתר רשאי לנקוט בהליכים תכנוניים בנוגע לכפר שלו, והוא הגוף הציבורי היחידי שנמצא בתחום הכפר. על כן, המוכתר זכאי ליזום ולהגיש תכנית בשם תושבי הכפר.

9. בעניין זה נפנה <u>לפרשת ועד עין כרם</u> (עת"מ 129/00), כפי שיפורט להלן אשר התייחסה למעמדו של יזם ציבורי ומי רשאי ליזום תכנית. באותה פרשה אמנם מדובר בפרשנות לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 הישראלי, אך נראה כי אותם כללי פרשנות צריכים להחיל גם על חוק התכנון הירדני מאחר ושני החוקים, הישראלי והירדני שואבים את עקרונותיהם מפקודת תכנון ערים המנדטורית משנת 1936 ואשר חלה על שני המקומות, ישראל והגדה המערבית.

10. כחלק מהמערערים בפסק דין עין כרם הנ"ל היתה עמותה המאגדת בתוכה אדריכלים ומתכננים וכן 22 ארגונים הפועלים בתחום התכנון, הסביבה והחברה (המערערים בעת"מ 134/00). הועד המקומי של הישוב עין כרם היה גם הוא בין המערערים שם. שתי העתירות הנ"ל נדחו על-ידי ביהמ"ש המחוזי בירושלים, ועיקר קביעותיו של ביהמ"ש המחוזי היו:

> א."המערערים אינם בעלי זכויות קניינית או חוזיות בלמעלה מ-95% מהשטח לגביו הוגשה התוכנית רחבת ההיקף".
>
> ב."המערערים הינם הבעלים של 50 דונם בלבד מתוך 3,800 דונם".

> ג."את העניין ב"רקע" המזכה במעמד "מגיש תוכנית" לפי סעיף 61א(ב) לחוק, יש לצמצם לזיקה קניינית או חוזית כלשהי, כגון משתמש בקרקע מכוח שכירות או הרשאה, ו"עניין" זה כולל גם מי שמתכונן או מתכנן להשתמש בקרקע, כבעל זכות כנ"ל בעתיד הקרוב, כגון: יזם המתעניין בקרקע לצורך פיתוחה".
>
> ד."לאור האמור בסעיף ד', המערערים-כולל "התושבים" שהינם בעלי הזכויות הקניניות בפחות מ-2% משטח התוכנית והמרוכזות בכפר- אינם זכאים להגיש את התוכנית"

עת"מ 129/00 **<u>ועד עין כרם ואח' נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה ואח'</u>**, תק-מח 2001(1), 8888:

11. על פסק הדין הנ"ל הוגש ערעור לביהמ"ש העליון, וביום 27.1.02 ניתן פסק דינו של ביהמ"ש העליון בסוגיה, לאחר שהצדדים קיבלו את הצעתו של ביהמ"ש העליון, וכך נקבע בביהמ"ש העליון:

> "הצדדים מקבלים את הצעת בית המשפט כי ערעור 2797/01 יתקבל, **במובן זה שלצד הזכות הקניינית והחוזית המקנה זכות להגיש תכנית על מקרקעין לגביהם יש זכויות כאמור, ניתן לכלול במסגרת מי זכאי להגיש תכנית התאגדות של תושבים המבקשת ליזום תכנית באזור מגוריהם**".
>
> (הדגשה שלי- ת.ג')

עע"ם 2797/01 **<u>ועד עין הכרם ו-20 אח' נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה-ירושלים</u>**, תק-על 2002(1), 47.

12. כפי שראינו לעיל, בית המשפט העליון הוסיף קטגוריה של "מגיש תוכנית" שיש לה עיגון מועט בלשון סעיף 61א של חוק התכנון הבניה (לפני תיקון 101 לחוק). קטגוריה זו היא של "התאגדות של תושבים המבקשת ליזום תוכנית באיזור מגוריהם", לא יתר ולא חסר. הגיון זה נעוץ בכך שלתושבי אותו אזור תוענק האפשרות של עיצוב סביבת המגורים שלהם, ותכנון האזור בו הם מתגוררים באופן שישרת אותם וישמור על איכות חייהם. כלומר, מעגל הזכאים ליזום תכנית הורחב, **<u>וכיום גם בפני התארגנות של תושבים המבקשים ליזום תכנית באזור מגוריהם נסללה הדרך ונפתחו השערים ליזום תכנית מפורטת.</u>**

13. העותר 1 הינו התאגדות של תושבים ועותר 2 הינו המוכתר של הכפר אלח'אן אלאחמר והוא אשר מנהל את השירותים הציבוריים בישוב. בנוסף, העותרים אשר מהווים ייצוג נכבד של האוכלוסייה של הכפר ואף הוכיחו את זיקתם למרבית שטח התכנית, הינה התארגנות של תושבים, ובכך הם עונים כבר על התנאי הראשון הנ"ל.

<u>פסק דין עין כרם נותח ופורש בעניין פי גלילות, ושם נקבעו הדברים הבאים:</u>

"הגיון הפסק הוא שרצוי לשלב את התושבים בתכנון סביבת המגורים שלהם הילכך, מותר להתאגדות של תושבי מקום קטן להציע תוכנית על שטח מקיף, שכן מבלעדי זה לא תינתן להם אפשרות ליזום תכנון כזה. תכנון על שטחם שלהם הוא חסר ערך, בשל הצורך בתכנון כולל ודחיית תוכנית התושבים בטענה של חוסר מעמד, תמנע מהם לממש את רצונם להשפיע על תכנון אזור המגורים שלהם".

<u>עת"מ (תל-אביב-יפו) 1356/01 פי גלילות נ' הועדה המחוזית, תק-מח 2002(2), 5847, 5857 (2002):</u>

כב' השופט דר' עודד מודרק המשיך בפרשת **פי גלילות** וקבע, כי:

"כאשר הזכות הקניינית נוגעת לשטח בהיקף זניח ביחס לשטח התוכנית אמנם קשה לראות את "זיקת העניין" שזו יוצרת על פני התוכנית כולה. אכן בעניין עין כרם החזיקו התושבים בחלק זניח [כאשר הכתוב רצה להמחיש הבחנה בין ערכים כמותיים הוא אמר: "כי שבעתיים יוקם קין ולמך שבעים ושבעה" (בראשית, ד, 23). אף בענייננו שטח התוכנית הכולל גדול כמעט פי שבעים ושבעה משטח הזיקה הקניינית של המערערת] של הקרקע ומכאן יתד ופינה לפסיקתו של בית המשפט המחוזי. **אולם אני אינני מסכים לכך שרק זיקה קניינית או חוזית אל מרבית שטח התוכנית תקים זיקת עניין כלפי יתרת השטח**. כבר הראה לנו פסק הדין עין כרם עליון שלעתים אפילו מזיקה קניינית לשטח זניח עשוי לצמוח עניין לא זניח כלל ביחס לשטח גדול מאד. האם אין לומר שהחזקה בחלק משמעותי של שטח התוכנית יוצרת את זיקת העניין הנחוצה גם אם אין מדובר בהחזקת רוב השטח? **נניח שמתחם של אלפי דונמים מחולק בין שני בעלי זכויות; לאחד זכות חכירה ארוכת זמן ב51% מן השטח ולשני זכות כזאת ביתרה של 49%. האם זה סביר שרק בעל הזכויות ברוב השטח יורשה להגיש תוכנית? החשש שהביע השופט בן זמרה שפרשנות מרחיבה עלולה לגרום לכך שכל בעלים גבר; היינו שכל בעל זכויות בקרקע, יהא שטחה אשר יהא יוכל להגיש תוכנית המשתרעת על פני מרחב התכנון כולו ואפילו על פני המדינה כולה, לאו חשש הוא בעיני**. המחזיק בדונם באילת, יתקשה להראות את זיקת העניין שהדבר יוצר, לא רק במקרקעין במטולה, אלא אפילו בכל מרחב התכנון של העיר אילת".
(הדגשה שלי – ת.ג')

ראו: עת"מ (תל-אביב-יפו) 1356/01 **פי גלילות נ' הועדה המחוזית**, תק-מח 2002(2), 5847, 5857 (2002).
ראו גם: עע"ם 8748/03 **ועדת ערר תל אביב נ' סילבנה לוי פואה**, תק-על 2005 (2), 3256 (2005).
ראו גם: גלאון "**על הרחבת 'זכות העמידה' להגשת תכנית מתאר**" מקרקעין א (2) (2002) 317.

14. במקרה שלנו, הדבר מקבל משנה תוקף וחשיבות רבה לאור העובדה שמדובר הוא בתכנית שמטרתה תכנון כל השטח של הכפר והסדרת הבינוי בכל הכפר וקביעת יעודים שונים לרבות שטחים ציבוריים ושטחים פתוחים ודרכים.

<u>אכיפה סלקטיבית וסעד מן הצדק</u>

15. המשיבים מפלים את התושבים הפלסטינים לרעה ומסרבים לאפשר להם לבנות מבנים חקלאיים או בתי מגורים על אדמותיהם הפרטיות. לעומת זאת, המשיבים מקימים התנחלויות ליהודים בלבד ואף מספקים להם אדמות שהופקעו מפלסטינים או כאלה שהוכרזו כאדמות מדינה, בתים, מים וחשמל בחינם. בנוסף, המשיבים מאשרים ליהודים תוכניות מתאר ותכניות מפורטות חדשות לבקרים.

16. במקביל, המשיבים כמעט ואינם מאשרים כל תוכניות כאלה לתושבים הפלסטינים, ובוודאי לא בקשות להיתרי בנייה.

17. המשיבים אף מתעלמים מהבניה הבלתי חוקית המאסיבית המתבצעת ע"י מתנחלים יהודים ולא אוכפת כנגדם את חוקי התכנון והבניה. כל אימת שפלסטינים או ארגוני זכויות אדם פונים לבית המשפט העליון בעתירות כנגד העדר האכיפה של חוקי התכנון והבניה כנגד המתנחלים, המשיבים מוצאים פתרון להכשרת אותה בנייה בלתי חוקית, בלי קשר למיקום שלה או להיתכנות התכנונית או לעלות של אותה הכשרה, והכל על חשבון המדינה. אותם מאחזים בלתי חוקיים אף זוכים לתשתיות על חשבון המדינה, חיבור למים וחשמל, וכן זוכים לשמירה צמודה של צה"ל. כאמור, בסוף אותה בנייה בלתי חוקית זוכה להסדרה חוקית בדיעבד על ידי אישור תוכניות מתאר ותכניות מפורטות לאותם אזורים, בניגוד למדיניות הננקטת כלפי האוכלוסיה הפלסטינית ובכללה העותר. **במלים אחרות: כשמדובר בבנייה בלתי חוקית של יהודים, המשיבים מחפשים תמיד, כפתרון ראשון ואף אחרון: הסדרה של הבנייה.**
לעומת זאת, כשמדובר בבנייה בלתי חוקית של פלסטינים, הפתרון הראשון שבידי המשיבים הוא הריסת הבנייה, ואין מקום להסדרה.

18. **התכנית המפורטת שהוגשה ע"י העותרים נשוא העתירה מהווה הניסיון הראשון שבו מועלה הפתרון של הסדרת המקום מבחינה תכנונית.**

19. יפים לענייננו דבריה של עו"ד ששון שצוינו בדו"ח על המאחזים הבלתי חוקיים[1]:

---

1 http://www.pmo.gov.il/PMO/Communication/Spokesman/2005/03/spokemes00305.htm

"מתברר כי מאז 1998 הפסיקה יחידת הפיקוח לפקח ולנסות לאכוף את חוקי הבנייה על ישראלים בתחום הישובים באיו"ש. יחידת הפיקוח אינה בודקת ואינה מדווחת על בנייה בלתי חוקית באזורים אלה".

ובהמשך:

"במהלך השנים נבנו שכונות שלמות, בסמוך ליישובים קיימים ללא תכנית מפורטת ואף על קרקעות שאינן קרקעות מדינה; הוקמו מאחזים בתוך תחום השיפוט של ישובים קיימים - ויחידת הפיקוח לא ביקרה שם, לא דיווחה, לא אספה נתונים ולא ביצעה כל תפקיד של פיקוח."

ובנוגע לאי-ביצוע צווי הריסה, אומרת עו"ד ששון את הדברים החריפים הבאים:

"ככל הידוע לי תלויים ועומדים מזה שנים ארוכות אלפי צווי הריסה נגד בניה בלתי חוקית בשטחים של ישראלים... צווי ההריסה אינם מבוצעים. ביצוע צו הריסה מחייב החלטה של שר הביטחון, וזו לא ניתנה בדרך כלל, על-ידי שרי הביטחון השונים במהלך השנים".

20. הממצאים החמורים שצוטטו לעיל מצביעים בבירור על אכיפה סלקטיבית של דיני התכנון בהתאם למוצא לאומי. הם מקבלים משמעות וחומרה יתרה נוכח העובדה שמאז כיבוש הגדה המערבית יצאו המשיבים מגדרם ועשו את כל שביכולתם כדי לנשל תושבים פלסטינים מאדמותיהם, להפקיע אדמות, להכריז על אדמות כאדמות מדינה, להכין ולאשר תוכניות מפורטות לעשרות התנחלויות וליישבן על ידי יהודים. כל זאת לצרכי התרחבות ושליטה על הקרקע והרחבת התנחלויות הרבה מעבר לדרוש לגידולן הטבעי.

21. בנוסף לאפליה באכיפת דיני התכנון והבניה על הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים, עומדת גם התשתית התכנונית המפלה, שמאפשרת כאמור את השימוש בדיני התכנון והבניה על פי מפתח לאומי. הכוונה היא למחדלי המשיבים בהכנת תכניות מודרניות לכפרים הפלסטינים, שנמצאים באזור שליטתם, ובכלל זה כפר העותרים, הכל תוך הפרת חובתם על פי המשפט הבינלאומי לדאוג לצרכי ורווחת תושבי השטח הכבוש המקוריים והמוגנים.

22. על רקע האמור לעיל, היעילות ומהירות הטיפול של הרשויות במבנים שהקימו העותרים מלמדת הן על אכיפה סלקטיבית פסולה והן על שיקולים זרים באכיפת החוק. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט הנכבד על אכיפה בררנית בבג"ץ 6396/96 **זקין ואח' נ' ראש עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) 289:

"אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט."

ועוד על מהותה של אכיפה בררנית קבע בית המשפט באותו פסק דין:

"דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך שהשיקול הפסול באכיפה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק."

23. במקרה דנן אף לא עומדת למשיבים חזקת חוקיות המינהל, ועל המשיבים להוכיח כי צווי ההריסה מתבססים על שיקולים ענייניים:

"כאשר לכאורה יש יסוד בראיות שמביא האזרח לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות המינהל והנטל עובר אל הרשות להוכיח כי האכיפה - הנראית לכאורה בררנית - מתבססת בפועל על שיקולים עניינים".

(שם, עמ' 307-308).

24. לא זו אף זו, כאשר עסקינן בשטחים כבושים, שבהם המשפט הבינלאומי ההומניטרי מעניק מעמד מיוחד לתושבים המקוריים כתושבים מוגנים, הרי שהפלייתם של תושבים אלה לרעה לעומת תושבי המדינה הכובשת מקבלת משנה חומרה, העולה אפילו על זו הטמונה באכיפה סלקטיבית בין אזרחי אותה מדינה.

25. מנקודה זו, ועל מנת להמחיש את הטיעון לעיל, נחזור לטיעון בדבר מדיניות התכנון ואכיפת דיני התכנון והבניה שהמשיבים הנהיגו ומנהיגים בגדה המערבית: בניגוד להתנחלויות בשטחים, להרבה כפרים פלסטינים, ובכללם כפרם של העותיסר, לא אושרו תכניות מיתאר מכוחן ניתן יהיה לבנות בתים חקלאיים או מגורים. מחד גיסא, עומד מחדל הרשויות, שלא עשו מאומה לתקן את התכניות המנדטוריות ו/או לאשר תכניות אחרות שיענו על הצרכים התכנוניים של הכפרים פלסטינים. מאידך גיסא, עולה הטענה הפורמלית, לפיה הבניה הינה בניה בלתי חוקית על פי תוכניות שלא עודכנו מזה עשורים, ככל שהדבר נוגע לכפרים פלסטינים. יוצא אפוא, שהתכניות המנדטוריות משמשות רק לעניין האכיפה וההריסה של מבנים פלסטינים. השימוש הסלקטיבי בסמכות התכנון מביא לתחולה סלקטיבית של התכניות המנדטוריות על הכפרים הפלסטינים בלבד, דבר הגורם לאפליה מובנית בהפעלת סמכויות האכיפה. מצב דברים זה הינו בלתי סביר באופן קיצוני, והופך את השימוש המפלה בתכניות המנדטוריות לצרכי האכיפה וההריסה לבלתי חוקי.

אשר על כן, ומכל הטעמים המפורטים לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי וכן צו ביניים, כמבוקש ברישא של העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפכו למוחלט, ולחייב את המשיבים בתשלום הוצאות העותרים בצירוף שכ״ט עו״ד ומע״מ כחוק.

תאופיק ג׳בארין עו״ד ב״כ העותרים	סאיד קאסם עו״ד ב״כ העותרים

עלאא מחאג׳נה עו״ד ב״כ העותרים	ויאם שביטה עו״ד ב״כ העותרים	ג׳יאת נאסר עו״ד ב״כ העותרים