

בפרדס ליד השוקת השבורה – בעקבות פסק הדין בעניין מוסא דכה

רעות כהן ומעין סודאי*

1. מבוא

2. פרשת דכה

3. רקע נורמטיבי

3.1 ההיבט המשפטי

3.2 ההיבט החברתי

3.3 כשהמשפטי והחברתי נפגשים

4. התגלגלות הפרשה בערכאות

5. הבעייתיות בהחלטת בית המשפט עליון

5.1 הנצחת המצב ו"מיקור-חוץ" של שלטון החוק או התמודדות עם טיעון שלטון החוק

5.2 אי-כיבוד החוק או התמודדות עם טיעון ההרתעה וכיבוד החוק

5.3 פסיקת בית המשפט העליון כמסכלת את תכלית החקיקה או התמודדות עם טיעון הכאוס התכנוני

6. המצב הראוי: מדוע יש לעכב את צו ההריסה?

6.1 הצדקה להתליית צו ההריסה מכוח רציונל של דוקטרינת ההשתק

6.2 הצדקה להתליית צו ההריסה מכוח רציונל של מידתיות

6.3 הצדקה להתליית צו ההריסה מכוח רציונל של קידום האינטרס התכנוני

7. ניסיון לקריאה מחדש

7.1 תחולה בזמן וייצוג הולם

8. סיכום

1. מבוא

רשימה זו תעסוק בשאלה אם בית המשפט יכול להתלות צווי הריסה עקב בנייה בלתי חוקית משום שביצועם מביא לתוצאה לא צודקת. שאלה זו מתעוררת בעקבות פסק הדין שניתן באחרונה בפרשת דכה.¹ טענתנו המרכזית היא שהרשות מנועה מלנקוט צעדים נגד בנייה בלתי חוקית במקרים שבהם התנהלות הרשות "זועקת לשמים" והיא מפרה את חובותיה התכנוניות כלפי האזרחים.² עוד נטען שהגישה המבוטאת בפסק דינו של בית המשפט העליון מביאה לתוצאות הפוגעות בקידום האינטרסים המבוקשים, ובראשם הבטחת שלטון החוק ובמתן מענה תכנוני נאות, וכן שתוצאות אלה אינן עומדות בעקרונות הצדק כפי שנקלטו במשפט הישראלי. לבסוף, ננסה לתמוך דווקא בגישת בית המשפט המחוזי התומכת בהתליית הצווים, גישה אשר לא התקבלה בערעור לבית המשפט העליון בפרשת דכה.

* סטודנטיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברות מערכת כתב העת "הארץ דין". ברצוננו להודות לד"ר אמנון רייכמן על ההנחיה, ליהודה להב ובמיוחד לשי אוצרי, סגני העורך, על ההערות המועילות והזמן שהושקע בעריכה ולשאר חברי המערכת על קריאתם המאירה.

¹ רע"פ 2885/08 הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו נ' דכה (פורסם ב"נבו", 22.11.2009) (להלן: פרשת דכה בעליון)

² בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003) (להלן: פרשת הגשרון).

2. פרשת דכה

סיפורו של מוסא דכה מפנה את תשומת הלב למציאות התכנונית של שכונת פרדס דכה ביפו ומספר את סיפורם של מי שמבקשים לבנות כדין וניצבים בפני שוקת שבורה.

בשנת 1996 ביקשו רשויות התכנון לממש חזון תכנוני בשכונת פרדס דכה ביפו באמצעות הכנת תכנית בינוי-פינוי.³ משהוחלט על החזון התכנוני, חדלה הוועדה המקומית מלדון בבקשות תושבי האזור לקבלת היתרי בנייה. אמנם הוועדה רשאית על פי חוק להקפיא מתן היתרים מחשש שבנייה עתידית תסכל את יעדי התכנית החדשה,⁴ אולם התכנית לא הגיעה לכדי אישור או מימוש 13 שנים.⁵

בשנת 2001, במהלך פרק הזמן שבו לא היה ניתן לקבל היתרי בנייה, בנה דכה קומה נוספת על גג בית הוריו. נגד בנייה זו הוצא צו הריסה מנהלי,⁶ וכן הוגש נגדו כתב אישום פלילי בגין בנייה ללא היתר.⁷ בהסדר טיעון שגובש בין דכה ובין עיריית ת"א-יפו, הוסכם שדכה יודה ויורשע בעובדות כתב האישום, ומנגד העירייה תדחה את מועד ביצוע ההריסה בשנתיים כדי לאפשר לדכה להשיג היתר בנייה.⁸ בשנת 2003 אישר בית המשפט לעניינים מקומיים בת"א את ההסדר.⁹ דא עקא, גם לאחר חלוף שנתיים, לא חל כל שינוי במדיניות מתן ההיתרים ובקשתו של דכה לקבלת היתר נדחתה על הסף הן בוועדה המקומית הן בוועדת הערר.¹⁰ כמה חודשים לאחר מכן החלה מסכת תביעות הדדיות בין דכה לעירייה. העירייה האשימה את דכה באי-ציות לצו ההריסה השיפוטי, ודכה נקט הליכים שונים בניסיון להשיג דחייה של מועד ביצוע צו ההריסה עד שיהיה אפשר לקבל היתר מהוועדה.¹¹

³ פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין; תכנית "פינוי-בינוי" היא תכנית שבאמצעותה מיושמת מדיניות של הרשות המקומית לחידוש ולשיקום של אזורים מוזנחים בעירה. החידוש נעשה על ידי פינוי הבתים הישנים ובניית בתים חדשים במקומם, לרוב בנייני קומות. התושבים "הישנים" מקבלים פיצוי תמורת הפינוי לפי אחוזי הבנייה המגיעים להם ולעתים הפיצוי הניתן הוא דירה בבניין החדש. להרחבה ראי חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965.

⁴ לפי ס' 78 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה), כאשר מחליטים על הכנתה של תכנית – בטרם הוכנה בפועל, ובטרם הופקדה במוסד התכנוני ונפתחה להתנגדויות הציבור – המוסד התכנוני המוסמך רשאי להקפיא את המצב התכנוני באזור שמעוניינים לתכנן. הרציונל הוא שהוצאת היתרים למבנים לפי התכנית הקיימת תסכל את המדיניות התכנונית החדשה שרוצים לקדם. לדוגמה, אם מנסים לקדם תכנית חדשה שתפגע בזכויות בנייה, התושבים שהיא עתידה לחול עליהם עשויים לנסות להוציא היתרים לפי התכנית הנוכחית לפני שתחול התכנית החדשה. תכליתה של התכנית שמנסים לקדם, אף שעדיין לא אושרה, תסוכל כך מראש. תקופת ההקפאה הראשונית מוגבלת לשלוש שנים, לאחר מכן ניתן להאריכה בשלוש שנים נוספות וכל ארכה נוספת טעונה אישור של שר הפנים. קל וחומר שגם לאחר שהוחלט להפקיד תכנית מסוימת ולפתוח אותה להתנגדויות הציבור, ניתן להקפיא את המצב התכנוני ולאסור מתן היתרים עד קבלת ההחלטה בעניינה, מכוח ס' 98 לחוק התכנון והבניה.

⁵ בעת מתן פסק הדין בבית המשפט העליון בחודש נובמבר 2009 עדיין לא היה אפשר להוציא היתרים, וזאת מאז 1996.

⁶ ס' 238 לחוק התכנון והבניה.

⁷ ההתרחשות מתוארת בפרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' א-ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁸ עפ"א (מחוזי ת"א) 80137/07 דכה נ' עיריית תל-אביב, פס' 1 לפסק דינה של השופטת אגמון-גון (פורסם ב"נבו", 4.2.2008) (להלן: פרשת דכה במחוזי).

⁹ שם, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת אגמון-גון.

¹⁰ שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת אגמון-גון.

¹¹ בתאריך 1.2.2006 הוצא צו הריסה מנהלי נוסף והוגש כתב אישום נגד מוסא דכה אשר פנה לבית המשפט לעניינים מקומיים כדי לבטל את הצו המנהלי. הבקשה נדחתה, וכך גם הערעור במחוזי והערעור ברשות לעליון. השתלשלות זו מתוארת בהחלטתו של השופט ג'ובראן ב-רע"פ 8656/06 דכה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב-יפו (פורסם ב"נבו", 29.4.2007). כן הוגשו שתי עתירות מנהליות לעיכוב ביצוע הצו ובקשה מהעירייה להשלים את הכנת תכנית הבנייה. התרחשות זו מתוארת בפרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת אגמון-גון.

3. רקע נורמטיבי

בטרם ננתח את פרשת דכה ואת ההכרעות שניתנו בה, מצאנו לנכון להבהיר בקצרה את הרקע המשפטי של הנושא: חשיבות התכנון בחיי הציבור והשלכותיו החברתיות על אזרחי המדינה.

3.1 ההיבט המשפטי

תכנון הוא הדרך לעיצוב מדיניות המדינה בכל האמור בהתפתחותה הפיזית. השיקולים המובאים בחשבון הם שיקולים כלכליים, שיקולים חברתיים, שיקולי תרבות, רווחה ואיכות חיים. כל אלה נשקלים בראייה רחבה של אינטרס החברה ואינטרס יחידה.¹² התכנון משפיע על חיינו בעניינים צרי היקף כגון אישור לבניית בניין נוסף ברחוב פלוני, בעניינים רחבים יותר כגון קביעת התוואי שבו יעבור כביש מסוים, ובעניינים רחבי היקף כגון ההחלטה היכן להקים מוסדות ציבוריים, תשתיות מים וביוב, מפעלים, מתחמי עסקים ו"הייטק" או היכן יושארו שטחים פתוחים ו"ריאות ירוקות".

גישה ביקורתית בהקשר זה תשאל "את מי החלטה התכנונית משרתת?", ולפי הדוגמאות לעיל, "מדוע המפעל המזהם הוקם דווקא שם?", "מי האוכלוסייה הנהנית מהנגישות שיוצר הכביש החדש?" ועוד. המסתכלים בעיניים ביקורתיות יביטו באזורים שבהם אין תכנון או שזה הוקפא במשך שנים, ויאמרו כי גם חוסר תכנון הוא למעשה החלטה תכנונית בעלת השפעה רבה על התושבים באותו אזור. אפשר גם לטעון שיש "תכנון באמצעות הימנעות מאכיפה", שהרי במקומות שבהם יש בנייה לא חוקית, והמדינה אוכפת את החוק בעצלתיים, פיתוחם הפיזי נקבע לפי מדיניות זו.¹³

חוק התכנון והבנייה הוא הכלי המשפטי העיקרי ליישום מדיניות התכנון.¹⁴ על פי החוק, תכנית מתאר היא המסמך המגדיר מה מותר ומה אסור לעשות בקרקע.¹⁵ מי שרשאי ליזום תכנית מתאר מקומית הוא "משרד ממשלתי, ועדה מקומית או רשות מקומית [...] וכן בעל קרקע ומי שיש לו עניין בקרקע...".¹⁶ לאחר שתכנית מאושרת על ידי מוסדות התכנון, אפשר לקבל היתר,¹⁷ שהוא למעשה רישיון לבנות לפי התכנית ולא מעבר לכך.¹⁸

אחת מהסנקציות המוטלות בחוק על בנייה ללא היתר היא צו הריסה אשר כשמו, מקים חובה להרוס את המבנה שהוקם שלא כדין.¹⁹ ישנם שני סוגים עיקריים של צווי הריסה: צו הריסה שניתן על ידי

¹² ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פס' 37 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם ב"ניבו", 7.12.2006).

¹³ ראי למשל בג"ץ 8255/08 מוסר נ' שר הבטחון (פורסם ב"ניבו", 1.9.2010), שם הוצאו צווי הריסה למבנים במאחז "דרך אבות" שנמצא באזור יהודה ושומרון. כאשר המדינה נשאלה מדוע אינה אוכפת את צווי הריסה שהוציא המנהל האזרחי, הסבירה כי "לעת הזו אין בכונתה לאכוף את החוק", שכן "אכיפתה של החלטה זו דורשת משאבים רבים ודוחקת עקב כך משימות דחופות יותר". השופט לוי קבע כי בגלל שהגורם המגביל את האכיפה הוא מחסור במשאבים, ולא התנערות מחובה על פי דין, בית המשפט אינו יכול להתערב ולחייב את המדינה לפעול לפי צווי הריסה. להבדל בין אכיפה חלקית בשל שיקולי תקציב לבין אכיפה סלקטיבית משיקולים זרים, ראי מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** (2008).

¹⁴ להרחבה ראי שמואל רויטל **דיני התכנון והבניה** (2010); נתן מאיר "דיני התכנון והבניה" **ניהול נדל"ן** 263 (מאיר דלברי עורך, התשנ"ח).

¹⁵ ראי פרק ג' לחוק התכנון והבניה.

¹⁶ ס' 61א(ב) לחוק התכנון והבניה; מטרת תכנית המתאר המקומית מפורטות בס' 61 לחוק התכנון והבניה, ואחת מהן היא: "הבטחת תנאים נאותים מבחינת הבריאות, התברואה, הנקיון, הבטיחות, הבטחון, התחבורה והנוחות ומניעת מפגעים על ידי תכנון הקרקע ושימוש בה, ובכלל זה ייחוד אזורים למגורים, לתעשייה, למסחר ולמבני ציבור לרבות מבני דת".

¹⁷ ראי פרק ה' לחוק התכנון והבניה.

¹⁸ הליכים של הקלה, סטייה ושימוש חורג לפי ס' 147-151 לחוק התכנון והבניה לא נפרט ברשימה זו.

¹⁹ לפי ס' 205 לחוק התכנון והבניה, החובה להרוס את המבנה מוטלת על הנשפט או על הוועדה המקומית, ומחייבים את הנשפט בהוצאות הביצוע; יש לציין שברשימה זו נתמקד בסנקציה של צווי הריסה הניתנים לאחר שהבנייה הסתיימה. לסנקציות נוספות כגון צו הפסקה מנהלי, ראי לעיל הערה 14.

ועדת התכנון בלא צורך בדיון בבית המשפט (אך בכפוף לביקורת שיפוטית),²⁰ וצו הריסה שניתן כסנקציה בהליך פלילי המתנהל נגד חשוד בעבירת בנייה.²¹ התוצאה של שני הצווים היא זהה – חובה להרוס את המבנה, אף שמדובר בשני הליכים נבדלים.

3.2 ההיבט החברתי

עבירות הבנייה בישראל הוגדרו "מכת מדינה"²² ואזלת ידה של המדינה בהתמודדות עם התופעה נדונה בהרחבה בדוח מבקר המדינה.²³ לעבריינות זו שלל סיבות: רווחים כלכליים שהבנייה הלא חוקית מניבה, סרבול בפרוצדורה של הוצאת היתר, חוסר מודעות לחומרת המעשה כמו גם מצוקות דיור חמורות, חוסר תכנון או תכנון לקוי הבאים לידי ביטוי בעיקר במגזר הערבי.²⁴

ממקורות אחדים עולה שבעיית הבנייה הבלתי חוקית היא רחבת היקף בעיקר במגזר הערבי ובכלל זה המגזר הבודוו.²⁵ חשוב להבין את הסיבות לכך כדי שיהיה אפשר להיווכח בקשר העמוק שבין תכנון, חברה ופוליטיקה.

אחת הסיבות היא שהמגזר הערבי סובל מחוסר ייצוג בהליכי קבלת ההחלטות התכנוניות. רבים מהיישובים הערביים שויכו לוועדות מרחביות המייצגות רוב של יישובים שתושביהם יהודים. לפיכך הוועדות מנוהלות על ידי נציגים יהודים, ולמגזר הערבי אין בהן ייצוג אפקטיבי ולכן הן אינן נותנות מענה לצרכים התכנוניים של היישובים הערביים.²⁶ סיבה נוספת, המוזנת מן הראשונה, היא שאי-אפשר לבנות בנייה חוקית הואיל ואין תכניות מתאר ותכניות אב כמעט למחצית מהיישובים הערביים.²⁷ מאז קום המדינה גדלה האוכלוסייה הערבית פי שישה, ולעומת זאת השטח שעליו מותר לבנות בתי מגורים

²⁰ ס' 238 לחוק התכנון והבניה (להלן: צו הריסה מנהלי).

²¹ ס' 205 לחוק התכנון והבניה (להלן: צו הריסה שיפוטי).

²² פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ראי גם מבקר המדינה דו"ח שנת 59 לשנת 2008 ולחשבונות שנת הכספים 2007 פרק ראשון – מטלות רוחב 45 (2009) (להלן: דוח המבקר 2008), בו נכתב "נוכח העובדה כי עברות על חוקי התכנון והבנייה וחוקי המקרקעין הפכו לחיזיון נפרץ, קבעו מבקר המדינה ובתי המשפט כי התופעה הפכה ל'מכת מדינה'".

²³ לפי דוח המבקר 2008, שם, בעמ' 45, בארץ יש 100,000 מבנים לא חוקיים. יש לציין שנתונים אלה משקפים את המקרים שבטיפול היחידה הארצית לפיקוח על הבנייה ולא את המקרים שבטיפול הוועדות המקומיות לתכנון ולבנייה, ולכן תופעת הבנייה הבלתי חוקית היא רחבת היקף יותר מהנתונים לעיל. ראי איריס האן "שיקולים סביבתיים באכיפת עבירות הבנייה" **מקרקעין** ח 3 (2009). מאז 1990 ועד 2004 ניכר שבעיות הבנייה הבלתי חוקית והגורמים לה חוזרים שוב ושוב. נמצא שבמקרים מסוימים מתקבלות החלטות דומות להחלטות העבר, דבר היכול להעיד על אי-ביצוע החלטות ממשלה קודמות. ראי מיכל טביביאן-מזרחי "מסמך רקע בנושא: בנייה בלתי-חוקית" **מרכז המידע והמחקר של הכנסת** 7 (2004).

²⁴ שם; ועדת חקירה ממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 דו"ח **הועדה** שער ראשון, ס' 36 (2003) (להלן: ועדת אור); משה ברדה "מסמך רקע בנושא: הבניה הבלתי-חוקית במגזר הדרוזי" **מרכז המידע והמחקר של הכנסת** (2006). וראי למשל את הנתונים במסמך אורי טל "בניה בלתי-חוקית בעיר לוד" **מרכז המידע והמחקר של הכנסת** 6 (2006): "לפי עיריית לוד יש מחסור חמור ביחידות דיור לאוכלוסייה הערבית. 2,700 משפחות ערביות מתגוררות בלוד, ו-60% מהן חיות בצפיפות רבה או במבנים שנבנו ללא היתר [...] חסרות באופן מיידי 1,600 יחידות דיור לצורכי האוכלוסייה הערבית, ועד שנת 2020, בהתחשב בריבוי הטבעי של האוכלוסייה, יהיו חסרות 4,500 יחידות דיור".

²⁵ הוועדה הבין-משרדית לבדיקת הבניה הבלתי-חוקית במדינת ישראל דו"ח **הועדה** (2000) (להלן: ועדת גזית); מיכל טביביאן-מזרחי, לעיל הערה 23; ועדת אור, לעיל הערה 24.

²⁶ ועדת גזית, לעיל הערה 25; עמי צדיק "השלכות חברתיות וכלכליות של מצוקת הקרקע ביישובים הערביים" **מרכז המחקר והמידע של הכנסת** (2006).

²⁷ רות גבזון ואסנת גריידי שורץ "חומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות" 45 www.ihaklai.org.il/Portals/0/Documents/articles/RuthGabizon_BGMekarkeinHityashvut080610.pdf; מיכל טביביאן-מזרחי, לעיל הערה 23; ועדת אור, לעיל הערה 24, שער ראשון. בפס' 37 מובאים הנתונים האלה: ב-48% מהרשויות המקומיות הערביות אין תכניות-אב לפיתוח היישוב, ל-43% אין עתודות קרקע למבני ציבור ושטחי ציבור פתוחים ול-15% אין תכנית מתאר מאושרת. ל-15% אין תכנית-אב מוסדרת לביוב, ל-6.5% אין מערכת ביוב פנימית ול-78% יש מערכת ביוב פנימית חלקית בלבד; עמי צדיק, לעיל הערה 26.

ביישובים הערביים נשאר כמעט בלא שינוי.²⁸ זאת ועוד, תחום השיפוט הכולל של הרשויות המקומיות הערביות מהווה כ-2.5% משטחה של המדינה, ואילו האוכלוסייה הערבית מהווה 20% מהאוכלוסייה הכוללת.²⁹ למעשה, מאז קום המדינה בשנת 1948 לא הוקמו יישובים ערביים למעט שבעת היישובים הבדווים בנגב, לעומת 700 יישובים יהודיים חדשים (מרביתם קיבוצים, מושבים ויישובים קהילתיים).³⁰ התוצאה של כל אלה היא גידול בצפיפות ביישובים הערביים ופגיעה באוכלוסייה הערבית, בעיקר בזוגות צעירים שיוצאים מבית המשפחה.³¹

3.3 כשהמשפטי והחברתי נפגשים

תכנון לקוי הוא אחד הגורמים לבנייה בלתי חוקית, ולא זו בלבד אלא שהוא אף גורם להחרפתן של מצוקות קשות בחברה הערבית: המחסור בתכנון אזורי מסחר גורם למחסור במקורות תעסוקה, לשיעורי אבטלה גבוהים ולמשברים כלכליים ברשויות אשר אין להן הכנסות מבעלי עסקים. נוסף על כך, המחסור בתכנון מבני ציבור ראויים גורם לשיעורי למידה נמוכים בקרב הילדים והנוער, והמחסור בתכנון תשתיות גורם לאיכות חיים נמוכה. אלה תורמים לקיבוע המצב הסוציו-אקונומי הנמוך של האוכלוסייה באותם יישובים שאינו מאפשר להם לצאת מהמצב שאליו נקלעו.³²

לדעתנו, דרך ראויה להתמודד עם מציאות חברתית-משפטית זו היא להכיר ב"זכויות תכנון" הנגזרות מזכויות היסוד הבסיסיות והלכה למעשה מגשימות אותן ויוצקות בהן תוכן.³³ כך, למשל, הזכות לתכנית המבטיחה קיום אנושי מינימלי (ובכלל זה תשתיות ושירותים מינימליים) שומרת על כבוד האדם מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁴ כך גם זכויות חברתיות בסיסיות כגון זכות הגישה למוסדות חינוך המאפשרת את הזכות לחינוך וגישה למוסדות בריאות המאפשרת את הזכות לחיים.³⁵ מעל כל אלה מרחף עקרון השוויון, עיקרון מרכזי הן במשפט המנהלי הן במשפט החוקתי, הזכות לתכנון בלא הפליה פסולה

²⁸ מיכל טביביאן-מזרחי, לעיל הערה 23; אורן יפתחאל "קרקעות, תכנון ואי שוויון: חלוקת המרחב בין יהודים וערבים בישראל" **מרכז אדוה** 2-1 www.adva.org/uploaded/karkaot%20tihnun%20&%20e-shivion.pdf; ועדת אור, לעיל הערה 24.

²⁹ עמותת סיכוי דו"ח מדד השוויון בין האזרחים היהודים והערבים בישראל (2009) www.sikkuy.org.il/docs/madad2010/sikkuymadad_2010.pdf. בעמודים 31-44 נדון במיוחד מדד השוויון בין היהודים לערבים בתחום הדיור.

³⁰ מיכל טביביאן-מזרחי, לעיל הערה 23; ועדת אור, לעיל הערה 24, שער ראשון, בפס' 36; דוח עמותת סיכוי, לעיל הערה 29. לסקירה נרחבת של המכשולים העומדים בפני האוכלוסייה הערבית בתחום התכנון והבנייה ראי קייס נאסר **מצוקת הדיור והריסות מבנים בחברה הערבית בישראל: מכשולים נוכחיים והמלצות לשינוי - נייר עמדה משפטי** (דיראסאת - מרכז ערבי למשפט ומדיניות, 2012). בנייר עמדה זה מצוין בין השאר שבמדינת ישראל יש כ-1,200 יישובים, ומתוכם 137 יישובים ערביים בלבד (ראי שם בעמ' 9-10).

³¹ ועדת אור, לעיל הערה 24; מיכל טביביאן-מזרחי, לעיל הערה 23; אורן יפתחאל, לעיל הערה 28; עמי צדיק, לעיל הערה 26, שם מצוין כי ממוצע מספר התושבים לחדר ביישובים היהודיים הוא 0.86, ואילו במגזר הערבי הממוצע הוא 1.40. עם זאת, צפיפות האוכלוסייה הממוצעת ביישובים ערביים קטנה מזו של יישובים יהודיים. ההסבר הוא שביישובים יהודיים נבנות יותר יחידות דיור לקמ"ר (1070 דירות לקמ"ר לעומת 300 דירות לקמ"ר ביישובים הערביים) וניצול הקרקע הוא גבוה יותר. הסיבה לכך היא שרוב הבעלות על הקרקעות ביישובים הערביים היא פרטית ומפוצלת. לפיכך, אין ביקוש בקרב חברות בנייה לרכישת קרקעות כדי לאחדן ולבנות לגובה. הבעלות המפוצלת וההליכים האטיים הנגזרים מהליכי איחוד וחלוקה ממחישים לנו את היעדר הראייה התכנונית הכוללת של צורכי היישוב. בעיה נוספת היא שמי שיש לו בעלות פרטית על הקרקע, ויש לו אפשרות לבנות לגובה לפי אחוזי הבנייה המותרים, לא תמיד מנצל אותם במלואם. ניתן לראות בעובדה זו כשל שוק שלדעתנו על המדינה להתערב כדי לתקנו. עם זאת, יש לזכור שיש יישובים יהודיים שאופיים דומה כגון קיבוצים, מושבים, מצפים ויישובים קהילתיים אחרים בעלי אופי כפרי.

³² עמי צדיק, לעיל הערה 26, בעמ' 11.

³³ פרופ' אלכס אלכסנדר **זכויות תכנון בישראל: דין וחשבון חלק 1** – זכויות תכנון בישראל: הגדרתן ומעמדם, בעמ' 1 (2005) (להלן: דוח 'במקום'). מדובר בדוח שיזמה עמותת במקום הזמין לקריאה באינטרנט www.bimkom.org/publicationView.asp?publicationId=103

³⁴ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³⁵ דוח 'במקום', לעיל הערה 33, לוח 1.1 בעמ' 6-7.

נגזרת ממנו, וכן עקרון הסבירות שמוגשם באמצעות הזכות לתכנית סבירה או שאינה בלתי סבירה בעליל.³⁶

על דרך התמודדות זו לא נרחיב בהארה משום שאנו מעוניינות להתמקד בניתוח הדרכים שבהן צעדו השופטים בפרשת דכה. עם זאת, מצאנו לנכון להזכיר דרך זו היות שלטעמנו, חשוב להכיר גם אותה.

4. התגלגלות הפרשה בערכאות

בשנת 2008 התגלגל הדיון בעניינו של מוסא דכה לפתחו של בית המשפט המחוזי בתל אביב כאשר בתיק דנה השופטת מיכל אגמון-גונן. השופטת קבעה שיש לדחות את מועד ביצוע צו ההריסה עד חלוף שנה מהמועד שבו יהיה אפשר להגיש בקשה למתן היתר לוועדת התכנון והבנייה. עוד הוסיפה שהרשות הפרה את חובת ההגינות המנהלית בכך שהיא "מחזיקה שכונה שלמה כבני ערובה" בשל התמשכות ההליך התכנוני.³⁷ סעד התליית הצו הוא תוצאה של פרשנות חוק התכנון והבנייה לאור זכויות היסוד בכלל וזכות הקניין החוקתית בפרט.³⁸ לשיטתה, מכיוון שהיכולת לפגוע בקניין באמצעות חקיקה ראשית הצטמצמה מאז חוקי היסוד, נדרשת פרשנות מצמצמת של הפגיעה המותרת בקניין באמצעות חוק התכנון והבנייה, והיא צריכה לעמוד בין השאר במבחני המידתיות.³⁹

פסק דינו של בית המשפט המחוזי כונה "פסק דין חברתי",⁴⁰ אך נטען גם שהוא עשוי לגרום לכאוס תכנוני, שבו איש הישר בעיניו יעשה.⁴¹ העירייה ערערה ברשות לבית המשפט העליון והוא קיבל את הערעור, השיב את תוקף צו ההריסה על כנו והפנה את מוסא דכה ואחרים במצבו לפעול במישור הציבורי (דהיינו ארגון הפגנות או פעילות פוליטית אחרת) ובמישור המשפטי בעתירות אינדיבידואליות.⁴² לטעמנו, שגה בית המשפט העליון, בפסק דינו של השופט רובינשטיין, כאשר לא צלל לעומק הניתוח המשפטי הנדרש, ותחת זאת הסתפק בהצהרה כללית ונדושה מעט, משל אמר שזכות הקניין היא זכות יסוד הנתונה להגבלות, ובהן צורכי הכלל והגשמת האינטרס הציבורי.⁴³ ההבדל בין גישת בית המשפט העליון לגישת בית המשפט המחוזי ניכר גם בסוגיית שלטון החוק, אשר זכתה לדיון מקיף יחסית בשתי הערכאות. בית

³⁶ שם. להשוואה בין תכנון בשכונות מזרח ירושלים לבין תכנון בשכונות מערב ירושלים ראי ס' 142-149 לעתירה מנהלית בעת"מ 1853/09 עבידאת נ' ראש עיריית ירושלים

www.bimkom.org/dynContent/articles/%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%A8%D7%94%20%D7%94%D7%A8%D7%99%D7%A1%D7%95%D7%AA%20%D7%91%D7%AA%D7%99%D7%9D%20%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%9D%20%D7%94%D7%9E%D7%96%D7%A8%D7%97%D7%99%D7%AA.pdf (להלן: העתירה של האגודה למען זכויות האזרח)

³⁷ פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

³⁸ שם, בפס' 3-4 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

³⁹ שם.

⁴⁰ נעם שרביט "העליון: אין לעכב ביצוע צו הריסה של בנייה בלתי חוקית" גלובס 23.11.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000516367

⁴¹ מירון רפפורט "הפעם העירייה אשמה" הארץ online 2.10.2008 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?more=1&itemNo=956780&contrassID=2&subContrassID=4&sbSubContrassID=0

⁴² פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "ישאל השואל, מה הם הכלים העומדים לרשות מי שבשל בעיות הקשורות בדיני התכנון והבניה נמנע הימנו לקבל היתר לבנות בקניינו, אך אינו רוצה לפעול שלא כדין? התשובה לכך היא, מעבר לפניות ועתירות אינדיבידואליות אפשריות, שימוש בדרכים שיזעיקו שמים וארץ באשר להתנהלות הרשות, ואלו ייתכנו הן במישור הציבורי, באמצעות תקשורת, חברי מועצת העיר וחברי הכנסת, והן במישור המשפטי בעתירות לבית המשפט".

⁴³ שם, בפס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

המשפט המחוזי הדגיש את האופי הדו-צדדי של עיקרון זה,⁴⁴ ואילו בית המשפט העליון התמקד במחויבות האזרח לכיבוד החוק. לשיטתו, הרשות לא פגעה בעיקרון זה, שכן על אף התנהלותה העצלה, האזרח יכול לפעול באפיקים אחרים כדי לגרום לרשות לתת לו היתר, ובכללם לעתור לבית המשפט כדי שיורה לרשות לבצע את תפקידה ולתכנן.⁴⁵

בין השאר נימק בית המשפט העליון את החלטתו בקביעה שהסעד של בית המשפט קמא "פותח פתח להפקרות".⁴⁶ עוד העיר שבפסק הדין של בית המשפט המחוזי אין התייחסות כלל להשפעות האפשריות של פסיקתו במקומות אחרים, וכן שבכל מקום שבו ישנם קשיי תכנון, עלולה להיווצר בנייה זמנית-תמידית.⁴⁷

ניתן לדמות את פעולת הערכאות לפתיחה לרווחה של חלון מואר בחדר מחניק על ידי בית המשפט המחוזי, וסגירתו המהירה על ידי בית המשפט העליון, פן ייכנסו גנבים. בהארה זו נתמוך בפתרון שבחר בית המשפט המחוזי. תחילה ננסה להדגים כיצד הערכים שבית המשפט העליון מבקש להגן עליהם בהחלטתו להחזיר את הצו לתוקפו, כגון שלטון החוק וניצול יעיל של קרקעות המדינה, דווקא נפגעים ממנה. לאחר מכן ננסה להראות כיצד פתרונו של בית המשפט המחוזי מביא לתוצאה נכונה משפטית, ואף "צודקת" לפי עקרונות הצדק שנקלטו במשפט בישראל והמתמקדים בהתנהגות הרשות.

5. הבעייתיות בהחלטת בית המשפט עליון

כאמור, בית המשפט העליון חושש מפני עבירה המונית על חוק התכנון והבנייה. אפשר להבין חשש זה, שכן יצירת "מסלול רישוי חלופי" על ידי בית המשפט מטעמי צדק עלולה לערער את מעמדו של חוק התכנון והבנייה כמקור משפטי מחייב, ואף לפתוח פתח לערעור מעמדם של חוקים נוספים מאותם טעמים.⁴⁸ לכן ניתן להבין מה הביא את בית המשפט העליון להתייבב לצד הרשות. עם זאת אנו רוצות להציע שלוש נקודות ראות המדגימות כיצד דווקא הצדקות חשובות אלה, שבית המשפט העליון תומך בהן את יתדותיו, הן שנפגעות עקב ההחלטה.

5.1 הנצחת המצב ו"מיקור-חוץ" של שלטון החוק או התמודדות עם טיעון שלטון החוק

הכרעת בית המשפט העליון תורמת להנצחת המצב החברתי אשר תואר בתחילת רשימה זו.⁴⁹ היצמדותו לטיעון שלפיו הכלי הדיוני המתאים לטיפול בבעיה הוא עתירה כנגד החלטת הרשות שלא להעניק היתר בניה עשויה להיתפס כנקיטת עמדה ערכית חד-צדדית, המשרתת את אינטרס הרשות. קבלת טיעונים כאלה, לצורך גיבוי מחדלי הרשות, מכשירה בסופו של דבר את מדיניות התכנון או אי-התכנון שנקטה.

⁴⁴ פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

⁴⁵ פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁴⁶ שם, בפס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁴⁷ שם, בפס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁴⁸ אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד" משפטים 710, 729-730 (2007); דיון בצדק הפרטי והמערכתית בפרק הבא להלן.

⁴⁹ ראי לעיל ההיבט החברתי בפרק 2.2.

נראה שעמדה זו של בתי המשפט באה לידי ביטוי במקרים נוספים שבהם נדונה הריסת בתי המשמים קורת גג לאוכלוסיות מוחלשות אשר בנו מבנים ללא היתרים.⁵⁰

מלבד הנצחת המצב, עולה בעיה נוספת בהכרעת בית המשפט העליון והיא משלימה ומזינה את הראשונה. לא פעם כונה בית המשפט "מגנם של חלשים",⁵¹ ואולם בכל הנוגע למדיניות התכנון והבנייה הוא משלח אותם ממנו והלאה להסתייע בארגוני המגזר השלישי ובחברה האזרחית.⁵² תופעה זו ניתן לכנות מיקור-חוץ (outsourcing) של שלטון החוק: בית המשפט מעביר את נטל הפיקוח היעיל על פעולות רשויות המדינה אל כתפי החברה האזרחית ובכך למעשה מצמצם את חובת רשויות השלטון, ואף את חובת בית המשפט עצמו, להגן על שלטון החוק. הרשות מטילה הסנקציות על האזרח בחופשיות אבל מי מטיל סנקציות על רשויות התכנון? אמנם מוסד מבקר המדינה מבקר רבות את תפקודן של ועדות מקומיות לתכנון ובנייה, אולם הביקורת המושמעת על מוסד זה שהוא "חסר כלי אכיפה" עשויה להסביר את חוסר השינוי בתחום.⁵³ האזרח הבונה בנייה בלתי חוקית בעל כורחו מוענש בחומרה, ואולם לרשות אין תמריץ לשנות את דרכיה, והיא אף נהנית ממעין חסינות מפני ביקורת שיפוטית כל עוד אין מתייצבת מולה עמותה כלשהי.⁵⁴ כשבית המשפט העליון מביע חשש מפני מצב שבו בנייה בלתי חוקית זמנית תהפוך לתמידית, הוא משדר מסר של חוסר אמון ברשות, והשערה שהיא לעולם לא תיאותר לדון בצו לגופו מפני שלעולם (כנראה) לא תמלא את חובתה המנהלית לתכנן ו"לעשות סדר".⁵⁵ בגלל חוסר האמון ברשות הוא מפנה את הציבור הנפגע מהליכי תכנון אטיים במידה קיצונית לארגוני החברה האזרחית ומעביר אליהם את הנטל "להפגין" את הרשות במכתבים ובפניות.⁵⁶

⁵⁰ חסן שעלאן "60 נותרו ללא בית בלוד: התנהגו אלינו כמו חיות" **Ynet** חדשות 14.12.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-203998914,00.html; שמעון איפרגן "מאות מפגינים ננגב על הרס הכפר אל-ערקיב" **nrg** חדשות 9.8.2010 www.nrg.co.il/online/1/ART2/142/906.html; רונן מדזיני "אחרי חודשים: חודשו הריסות הבתים במזרח ים" **Ynet** פוליטי-מדיני 13.7.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3919142,00.html. דוגמאות אלו אמנם שונות זו מזו בנסיבות ההריסה אולם דומות מבחינת העמדה הערכית שבחר בית המשפט לנקוט בסכסוך.

⁵¹ ראי, למשל, ידידיה שטרן "משבר האמון בבית המשפט" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 11.6.2008 www.idi.org.il/breakingnews/pages/breaking_the_news_36.aspx; יובל יועז "ביניש: צמצום סמכויות בג"ץ- פגיעה ישירה בדמוקרטיה" **הארץ** online 27.08.2007 www.haaretz.co.il/hasite/pages/897894.html.

⁵² פרשת **דכה** בעליון, לעיל הערה 1, בפס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "ער אני לכך שלא כל אדם, בקרב אוכלוסיות חלשות למצער, יכול להרים את נס הפעולה – אך גורמים כמו האגודה לזכויות האזרח ודומיה, יוכלו להפנות מרצם דווקא לכגון דא".

⁵³ לביקורת על מוסד מבקר המדינה ראי לדוגמה מיכה לינדנשטראוס "סוגיות נבחרות בביקורת המדינה" **ספר אורי קיטאי** 85 (תשס"ח). על התמשכות מחדל הרשות באישור תכניות מתאר שיתאימו לצורכי האוכלוסייה במגזר הערבי ראי לדוגמה אורי טל, לעיל הערה 24, בחלק 2.7.

⁵⁴ יש להבחין בין הטענה שאנו טוענות על הפרטת תפקידו של בית המשפט כמפקח על מעשי הרשות, ובהקשר זה הרשות המבצעת (רשויות התכנון), לבין טענה נפרדת ואחרת באשר להפרטת תפקידו של בית המשפט כמיישב סכסוכים העולה בהקשר של גישור ובוררות.

⁵⁵ "משמעות פסק הדין, אם יעמוד על כנו, הוא כי כל החפץ ליטול את השם ייטול. קרי, בכל מקום, ואין זה המקום היחיד בישראל, שבו ישנה איטיות (לעתים מרגיזה ואף מקוממת) בהליכי בניה, יבנה הבונה כחפצו, ומשתבוא גאולת הליכי התכנון יבוא גם יום 'עשיית סדר' בבניה הלא חוקית; ועד אז – כך עולה – ישגשו המבנים הבלתי חוקיים, גדולים וקטנים". פרשת **דכה** בעליון, לעיל הערה 1, בפס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁵⁶ וראי את השופט רובינשטיין בהתבטאות נוספת על חוסר היכולת של הרשות לתת מענה לאזרחים: "[...] אבל העצה היעוצה היא לבעלי קרקע, בדומה לאלה שבתיק דנא, שלא ירפו מן הרשויות, שיפנו אליהן השכם והערב, 'יפגזון' בפניות, באופן שיבהיר כי הנושא בו מדובר לא יירד מסדר היום. כל מי ששירת במינהל הציבורי יודע כי תזכורת מוציאה נושא מתחתיתה של ערימת התיקים לראשה. כך היה וכך יהיה. במבוכי המינהל הממשלתי והעירוני, נחישות של הנוגעים בדבר שלא להרפות, תוצאותיה לעתים קרובות בצדה". ע"א 10508/08 **דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז תל אביב**, פס' ב (טרם פורסם, 4.2.2010).

נכונה הטענה שניתן לתקוף מלכתחילה את מעשי (או מחדלי) הרשות בתקיפה ישירה, לפני הבנייה, כפי שבית המשפט העליון מציע לעשות.⁵⁷ במקרים מסוימים ניתן אף לדרוש פיצוי נזיקי מהרשות בשל רשלנותה.⁵⁸ אכן, אוכלוסייה שבידה האמצעים והידע להפעיל כראוי את מערכת המשפט תוכל להשתמש כראוי בהליכים אלה; אלא שסביר שאוכלוסייה כזו תידרש פחות לכלים הללו, שכן כלפיה לא תרשה הרשות לעצמה לנקוט מדיניות של "שב ואל תעשה". המציאות מלמדת שיחידים המשתייכים לאוכלוסיות כגון זו שמוסא דכה משתייך לה, מתקשים להסתייע במערכת המשפט לצורך קידום האינטרסים שלהם משלל סיבות, ובהן חסמים ישירים ועקיפים.⁵⁹ טענתנו ממוקמת אפוא בשלב מאוחר על ציר הזמן שבו אותן אוכלוסיות נאלצות להתדיין בערכאות בשל בנייה בלתי חוקית שכבר בוצעה.

ודוקו, אין לזלזל בחשיבות החברה האזרחית ולדעתנו יש לה תפקיד ממשי בביקורת על השלטון במדינה דמוקרטית. אנו גם איננו טוענות שיש להחליף את סדר היוצרות: במערכת מתוקנת, גישתו של השופט רובינשטיין עדיפה. אלא שכפי שתואר לעיל, המערכת לעתים כושלת. במצב כזה, עלינו לשאול איזה מסר בית המשפט מעביר באשר לתפקידו שלו ובאשר לחברה שבה אנו חיות כאשר הוא הופך את החברה האזרחית לספקית הכמעט בלעדית של פיקוח ושירותים לאוכלוסיות מוחלשות.⁶⁰ במצב דברים זה, הפגיעה בשלטון החוק היא כפולה: הן הנצחת מצב המעודד עבירה המונית על החוק מצד האזרח, הן עידוד הרשות להמשיך במנהגה בשל הפיקוח הלוקה בחסר על פעולותיה.⁶¹

5.2 אי-כיבוד החוק או התמודדות עם טיעון ההרתעה וכיבוד החוק

אחת המטרות המרכזיות של מתן צווי הריסה והגשת כתבי אישום היא הרתעה מפני בנייה בלתי חוקית,⁶² ואולם לא נראה שסנקציות אלה משיגות הרתעה ניכרת לנוכח כינוייה של תופעת הבנייה הבלתי חוקית "מכת מדינה".⁶³ נאמר שמצב זה של הרתעה חסרה מהווה "חינוך רע למדי לכיבוד החוק".⁶⁴ כאשר בית המשפט העליון השיב את צו ההריסה על כנו במקרה של מוסא דכה, הוא עשה זאת בין השאר לשם שמירה על מעמדו של חוק התכנון והבנייה.⁶⁵ עם זאת, כאשר בית המשפט גוזר על הציבור גזרה שאין הציבור מסוגל לעמוד בה, ההפרה המונית הבלתי נמנעת מביאה לפגיעה חמורה יותר בשלטון החוק ובמעמדו של חוק התכנון והבנייה כחוק שיש לציית לו.

כבר נאמר שאכיפתם של דיני התכנון והבנייה חשובה לא רק לשם הבטחת ניצול יעיל של קרקעות המדינה, אלא לצורך שליחת מסר חינוכי בדבר החובה לכבד נורמות שבדין, הן בתחום התכנון והבנייה, והן

⁵⁷ פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁵⁸ עניין דור זהב, לעיל הערה 56; ע"א 3139/05 כלפון נוה ארזים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (טרם פורסם, 31.1.2008).

⁵⁹ יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג(2) 497 (2003).

⁶⁰ כך למשל עולה חשש שמערכת השיקולים של עמותה זו או אחרת אינה עצמאית ומונעת מאידאולוגיה. דבר זה יכול לגרום להפליית "מקבלי השירות" אשר אינם תואמים את הפעילות האידאולוגיות של אותה עמותה. על העמותות אין פיקוח ואף אין רגולציה של ממש המסדירה את פעילותן (שאלה אחרת היא אם יש בזה בכלל צורך). כל זאת להבדיל מבית המשפט הפועל ללא משוא פנים ובכפוף לעקרונות היסוד של השיטה. לקריאה נוספת בנושא הפרטות שירותי המדינה למגזר השלישי ראי קרין תמר שפרמן "הפרטה והתחזקות המגזר השלישי בישראל" פרלמנט 64 (2010).

⁶¹ זאב סגל וליך טיטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה 20 (2008).

⁶² ראי יאיר הורביץ "אכיפת חוקי התכנון והבנייה – צווי הריסה" הפרקליט לז(ג) 387, 401 (1987).

⁶³ ראי טקסט ליד הערה 22 לעיל.

⁶⁴ הורביץ, לעיל הערה 62, בעמ' 387-389.

⁶⁵ פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

בכל תחומי החיים שהדין מתערב בהם.⁶⁶ כך, למשל, ועדת גולדברג קבעה שבמקרה של הפזורה הבדווית, הצורך הבסיסי של אוכלוסייה זו בקורת גג, לצד חוסר היכולת לקבל היתרי בנייה, לא הותירו להם ברירה מלבד בנייה שלא כחוק. לכן איום ההריסה אינו מרתיע את התושבים מפני בנייה בלתי חוקית, וכך "נורמות היסוד של שמירת החוק התנפצו".⁶⁷

ניתן לתלות בפרקטיקה של עבירה המונית על החוק משמעויות מרחיקות לכת אף יותר. נטע זיו גורסת שאי-הציות לחוק מצד אזרחים מאוכלוסיות מוחלשות, בין שנעשה מטעמי הישרדות ובין שנעשה מטעמי התנגדות, מבטא התרסה לא רק נגד החוק הפוזיטיבי, אלא התרסה נגד הסדר הקיים המשתקף בו. מדובר באמירה נורמטיבית-פוליטית הבוחנת את לגיטימיות המשפט והשלטון ובודקת אם ראוי לציית להם.⁶⁸

אמנם ייתכן שהתופעות המדוברות הן נתיבי שחרור לחץ מעודנים, אולם לא מן הנמנע שמסלול זה יביא אף להתפרצות חמורה יותר.⁶⁹ נטע זיו טוענת שביטויים אלה הם תזכורת לבית המשפט באשר למוגבלות כוחו, הניזון משניים בעיקר: יכולתו לכפות את הנורמות על הציבור, והלגיטימציה שהוא זוכה לה ממנו. לכן, כאשר מתרחשת פעולה המונית של אי-ציות לחוק, הנובעת מצרכים הישרדותיים ואינה מלווה באלימות, ניתן לראות בכך הזדמנות והזמנה לבחון מחדש את מדיניות השפיטה בסוגיות הללו.⁷⁰ לדעתנו, כדאי לבית המשפט לשקול מחדש את תפקידו בשדה התכנון והבנייה, לקבל את הזמנתו של ציבור הבונים בנייה בלתי חוקית, להכיל את צרכיו ולתת להם ביטוי בסדר המשפטי הקיים ובמוסדותיו, בטרם תתפשט "הרעה החולה" המרחפת מעל תופעת הבנייה הבלתי חוקית, והיא זלזול במעמדו של חוק התכנון והבנייה, ובמעמדו של החוק בכלל כנורמה מחייבת.

5.3 פסיקת בית המשפט העליון כמסכלת את תכלית החקיקה או התמודדות עם טיעון הכאוס התכנוני

בית המשפט העליון חושש מפני מציאות שבה רשויות התכנון לא יוכלו לממש את התכלית שלשמה הוקמו.⁷¹ תכליות אלה, המעוגנות בדיני התכנון והבנייה, הן בין השאר לאזן בין צורכי הפרט לצורכי הכלל

⁶⁶ עניין אי התכלת, לעיל הערה 12, בפס' 101.

⁶⁷ ס' 69-67 לדו"ח ועדת השופט גולדברג בעניין הסדרת התיישבות הבדווים בנגב דין וחשבון (2009) www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/063BBB1A-E947-4816-9BD7-81547A01008C/0/DochGoldberg.pdf

⁶⁸ נטע זיו "אי-ציות, התנגדות וייצוג אנשים החיים בעוני – המקרה של פלישות לדיר ציבורי" דין ודברים א 115, 134-135 (2004). כדוגמה מצוינת הממחישה טענה זו ראי את המתרחש בחודשים האחרונים בכפר אל עראקיב, כפר בדווי לא מוכר בנגב, שבו הוצאו צווי הריסה למבנים לא חוקיים המשמשים בתים וקורת גג לתושבים בכפר. התושבים החליטו למרוד נגד הצווים על ידי בנייה מחדש של בתיהם שוב ושוב לאחר שהורסים להם אותם כל פעם מחדש, רמי שני וניר ייב "ישוב: מבנים נהרסו ביישוב הבדואי אל עראקיב" וואלה! חדשות 13.9.2010 - news.walla.co.il/?w=1/1732082. בכתבה זו גם מצוטט חבר הכנסת טאלב א-סנע באומרו "הפתרון היחידי הוא הכרה, ולא עקירה. מתן היתרי בנייה ולא הריסה".

⁶⁹ למשל מחמוד אגבריה, מחברי ועדת המעקב העליונה, יצא בקריאה לכלל האוכלוסייה הערבית "לעמוד לצד האנשים שהורסים את בתיהם, ולממסד אנחנו אומרים – אתם תהרסו ואנחנו נבנה, זה לא יעבור בשקט". שרון רופא-אופיר "מחאה בוואדי ערה: תהרסו עוד בתים? אנחנו נבנה" Ynet חדשות 2.11.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3799091,00.html

⁷⁰ זיו, לעיל הערה 68, בעמ' 135. בהיענותה של מערכת המשפט להזמנה זאת היא תבטא את שאיפתה לאידאל של responsive law, אידאל השם דגש בצדק מהותי (ולא צדק פורמלי בלבד) ובמתן כלים למערכת המשפט להתמודד עם מצבים של אי-צדק. בעניין ההבחנה בין שלושת הטיפוסים של מערכות משפט שהם autonomous law, repressive law ו- responsive law ראי: PHILIPPE NONET, & PHILIP SELZNICK, LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD A RESPONSIVE LAW (2001).

⁷¹ סמכותן של רשויות התכנון ותפקידן מפורטים בפרק ב' לחוק התכנון והבנייה.

באופן ששימוש של היחיד לא יפגע באינטרסים ציבוריים.⁷² על תכליתו של חוק התכנון והבנייה ניתן ללמוד מהדיון בקריאה הראשונה בכנסת:

"התכנון במדינה מודרנית חייב למלא שתי משימות יסוד, האחת – לקבוע את המדיניות הרצויה להתפתחות הפיזית של המדינה בהווה ובעתיד, וזאת לאור תצפיות גידול האוכלוסייה, מקורות פרנסה קיימים ועתידים, שטחי קרקע הראויים לשימושים שונים ויתר המשאבים הקיימים והצפויים במדינה. והמשימה השנייה – לכוון את פעולות הבניה והפיתוח לפי מדיניות זו ולפקח עליהן בהתאם לכך".⁷³

מדברים אלה ניתן ללמוד שהתכליות שבבסיס החוק הן שתיים: תכנון, ואכיפה לצדו.

אנו מאמינות שתכליותיו של חוק התכנון והבנייה – הנפגעות מהליכי תכנון מתמשכים – יקרות ללבן של שתי הערכאות.⁷⁴ אולם נראה לנו שפתרונו של בית המשפט המחוזי, הפועל בכיוון של הרתעת הרשות, מסייע בהיבט הגשמת התכנון, ואילו בית המשפט העליון מסייע דווקא בהיבט האכיפה על ידי אשרור צווי ההריסה, כאשר למרבה הצער מדובר באכיפת מדיניות (אי) תכנון בלתי ראויה. כשהשופט רובינשטיין גורס כי "אין מרפאים רעה חולה ברעה חולה לא פחות",⁷⁵ הוא בוחר בחירה אידאולוגית ומחליט איזו רעה להכשיר ולקבע.⁷⁶ הרעה החולה של אי-נקיטת מדיניות תכנון ראויה על ידי הרשות כנראה עדיפה בעיניו.

ישנם מנגנונים משפטיים אחרים המיועדים לאכוף את הפעלתו היעילה של חוק התכנון והבנייה על ידי הרשות. לדוגמה, עקרון שלטון החוק המחייב גם את הרשות למלא את חובותיה על פי חוק,⁷⁷ החובה המוטלת על הרשות להשתמש בסמכותה בהגיונות ובסבירות,⁷⁸ והזמנים הקצובים בחוק התכנון והבנייה לאישור תכנית ולביצוע פעולות.⁷⁹ חשיבות הזמנים הללו חיונית למניעת קיפאון תכנוני ולהגשמת האינטרס

⁷² רען הר זהב, יחיאל שמיר וליאור כץ דיני התכנון והבניה – ניתוח התפתחות ופסיקה בשנת 2001 358 (2002).

⁷³ ראי דבריו של השר משה חיים שפירא בתוך ד"כ 37, 1828 (התשכ"ה).

⁷⁴ פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן; פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "השכל הישר מתקומם כנגד הימשכותם של הליכי תכנון וביצוע במשך שנים כה רבות"; עניין דור זהב, לעיל הערה 56, בפס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "הן אינטרס הציבור הן אינטרס הפרטים שבתוכו מצדיקים כי תכנון ובניה – כן, תכנון וגם בניה – לא יימשכו עד אין קץ".

⁷⁵ פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, בפס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁷⁶ לפסקי הדין נוספים המצטטים את השופט רובינשטיין באומרו משפט זה ראי למשל ע"פ (מחוזי חי) 10-05-14054 וועדה מקומית לתכנון ובניה גליל מרכזי נ' עטאללה (טרם פורסם, 30.6.2010); עפ"א (מרכז) 09-12-579 יחיא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 1.12.2009); עע"מ 8273/10 טלב אסאנע נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום (טרם פורסם, 18.11.2010).

⁷⁷ "במקרה זה רשות התכנון עצמה, עיריית תל-אביב, מחזיקה שכונה שלמה כבני ערובה ואינה מסיימת את הכנת התכנית או לחילופין, מכינה תכנית חילופית או חוזרת לתכנית הקיימת. במצב דברים זה שלטון החוק נפגע דווקא מפעולותיה, או יותר נכון, חוסר העשייה של המשיבה". פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

⁷⁸ ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וצפורה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו פ"ד נג(5) 817, 830-840 (1999).

⁷⁹ פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן: "אמנם, הסעיף אינו נוקב בזמן, אך הוראות אחרות הנוגעות לתקופת הפקדה, תקופת התנגדויות ותקופת אישורים קובעות כולן מועדים קצרים. כך, קובע סעיף 109א לחוק כי יש לאשר או לדחות תכנית תוך 3 חודשים מיום ההפקדה או עשרה חודשים במקרים מסוימים, עם אפשרות הארכה חריגה בשלושה חודשים נוספים. יש לציין לעניין זה כי סעיף 33א לחוק העוסק בתכניות פינוי בינוי קובע תוקפו של צו פינוי בינוי לשש שנים מיום תחילתו. זו אחת התקופות הארוכות ביותר הקבועות בחוק התכנון והבנייה".

הציבורי.⁸⁰ מועדים ספציפיים אלה, הקבועים בחוק, מיועדים להיות חלק מתכליתו שהיא "קיום הליכי תכנון ביעילות ובמסגרת מוגדרת של זמן".⁸¹

נטען שבתי המשפט המאפשרים למוסדות התכנון והבנייה שלא לעמוד במועדים הקבועים בחוק, מסכלים שוב ושוב יחד אתם את תכלית החקיקה.⁸² לדעת בנימין הימן, בתי המשפט מתמקדים בנסיבות הספציפיות ובקשיים התכנוניים של המקרים המתגלגלים לפתחו, ואינם מתבוננים בתמונה הרחבה יותר המראה שמקרים אלה אינם חריגים אלא הם הכלל והשגרה. לכן הם אינם מסוגלים לראות את "ההשפעה המערכתית שיש לפסיקתו הנקודתית, שתוצאת פרשנותו היא מתן לגיטימיות לסטייה גורפת וכוללת מהמועדים בחוק, עד כי העמידה במועד היא החריג".⁸³ במצב דברים זה, לא ברור כלל שאשרור צווי ההריסה הוא הפתרון המגשים את האינטרס הציבורי במיטבו.

6. המצב הראוי: מדוע יש לעכב את צו ההריסה?

עד כה ניסינו להראות מדוע לפסק הדין שנתן בית המשפט העליון יש השלכות לא רצויות. כעת ננסה להראות כיצד פתרונו של בית המשפט המחוזי שעיכב את ביצוע צווי ההריסה עד אשר יסתיים הריק התכנוני, מתיישב עם הדין הקיים ועקרונות הצדק הטבועים בו.

6.1 הצדקה להתליית צו ההריסה מכוח רציונל של דוקטרינת ההשתק

בית המשפט המחוזי קבע באמרת אגב שכל עוד אין דרך להוציא היתרי בנייה (בתוך פרקי זמן מתקבלים על הדעת), יש למנוע מהרשות להוציא צווי הריסה מנהליים, להגיש כתבי אישום, וגם לבצע את צווי ההריסה.⁸⁴ לפיכך, מדובר ב"השתקת" הרשות, או לפחות בהישענות על הנחות המוצא של דוקטרינת ההשתק.

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל [...] מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב [...] עליה לפעול בהגינות".⁸⁵ אנו למדות מכך, שהיות שהנאמנות הציבורית היא מקור לכוח ולאחריות, יש להפעילה באופן מאופק והגון.⁸⁶

⁸⁰ בג"ץ 1636/92 העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז תל-אביב פ"ד מז(5) 584, 573 (1994).

⁸¹ בנימין הימן "קיצור הליכי תכנון: כיצד מוסדות התכנון ובתי המשפט מסכלים את תכלית החקיקה" הרצאה שניתנה במסגרת הכנס השנתי של איגוד המתכננים בישראל (2009), עותק ההרצאה נמצא בידי המחברות.

⁸² ש.ם.

⁸³ ש.ם.

⁸⁴ פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת אגמון-גון: "פרשנות הדין הקיים מחייבת פרשנות כזו שכל עוד המשיבה מצויה בהליכי תכנון במשך פרקי זמן בלתי סבירים, ואינה מאפשרת להגיש בקשות להיתרי בניה ולבנות כחוק, אין מקום לביצוע צוי הריסה. לדעתי, אם כי הדבר אינו נדרש לצרכי הליך זה, מאותם נימוקים, לא ניתן להמשיך ולהוציא צווי הריסה מינהליים או להגיש כתבי אישום בנסיבות אלו בהן במשך למעלה מעשור לא ניתן להגיש בקשה להיתר בניה". מדובר באמרת אגב שכן דכה הודה במיחוס לו והורשע, ואילו דבריה של השופטת אגמון-גון מתייחסים לסעד שהיה אפשר לתת אילו לא היה מודה ומורשע. כלומר אמרת האגב נוגעת לשלבים מוקדים של ההליך, לפני הגשת כתב האישום או הוצאת צווי הריסה.

⁸⁵ בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745-746 (1980).

⁸⁶ יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז' 623, 633 (2004).

בשיטת המשפט בישראל יש תשתית משפטית לביסוס הטענה שניתן בנסיבות מסוימות להשתק את הרשות משיקולי צדק והגינות משפטיים.⁸⁷ לדוגמה, ניתן למנוע ממנה להעלות טענות מסוימות כלפי האזרח אפילו יש להן יסוד בדין,⁸⁸ ניתן לבטל החלטה מנהלית בהיותה בלתי צודקת בצורה קיצונית,⁸⁹ אפשר שלא לקיים הליך פלילי נגד נאשם באמצעות טענת "הגנה מן הצדק"⁹⁰ ועוד. דוקטרינת ההשתק מקורה בדיני היושר (equity) של ארצות המשפט המקובל, והיא נועדה לתת פתרון למצבים שבהם הפעלת הכללים המשפטיים ה"יבשים" עשויה להביא לתוצאות לא צודקות.⁹¹ דוקטרינה זו, המבוססת על שיקולי צדק והגינות, נקלטה במשפט המנהלי⁹² ובהמשך זלגה למשפט הפלילי, בהתחלה להלכה הפסוקה ולאחר מכן לספר החוקים.⁹³

מתוך שלל דוקטרינות עקרון ההגנה מן הצדק הרלוונטית ביותר לענייננו היא "דוקטרינה ההתנהגות הבלתי-נסבלת של הרשות".⁹⁴ לפי דוקטרינה זו "כל שנדרש היא התנהגות בלתי-נסבלת, חמורה ושערורייתית מצד הרשות, עד כי לא ייתכן לקיים משפט כנגד הנאשם, משום הפגיעה בעקרון ההליך הראוי, אשר מקימה השתק עצמאי".⁹⁵ בית המשפט העליון מוסיף בפרשת **יפת**: "[...] התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם [...] ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור-פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו".⁹⁶ בפרשת **בורוביץ**⁹⁷ הורחבה ההגנה גם לרשלנות מצד הרשויות ואף לנסיבות שאינן תלויות בהן.⁹⁸ מדברי הכנסת נלמד שהיא נועדה למזער את חוסר האיזון בין הרשות החזקה לנאשם החלש,⁹⁹ ולשמש שסתום בידי השופטת ליציקת "צדק והגינות".¹⁰⁰ ניתן לראות כי במצבים מסוימים העדיף המחוקק ובתי המשפט תוצאה צודקת על פני תוצאה המתיישבת עם ה"דין היבש", באמצעות החלת דוקטרינת ההשתק על הסוגיה.¹⁰¹ לטענתנו, לא מן הנמנע

87 קליטת דוקטרינת ההשתק לא נעשתה בחקיקה מפורשת אלא יובאה מהמשפט האנגלי שהיה קיים בארץ עם הקמת המדינה. ראי אריאל בנדור "תורת ההשתק במשפט המינהלי" (חיבור לקבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית, 1994).

88 זמיר, לעיל הערה 86, בעמ' 658-659.

89 שם, בעמ' 631.

90 ס' 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

91 בנדור, לעיל הערה 87, בעמ' 8.

92 מקורה של תורת ההשתק בדיני הראיות, אולם התפתחויות הדין הביאו לתחולתה גם בסוגיות משפטיות ולא בעובדתיות בלבד. ראי שם, בעמ' 14.

93 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון 51), התשס"ז-2007, ס"ח 308.

94 אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" **קריית המשפט** א 381, 386 (2001); נורית בהט **שיהוי ומניעות** 381, 394 (2006). שם.

96 ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996).

97 ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005).

98 זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית" **ספר דוד וינר: על משפט פלילי ואתיקה** 231, 293 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

99 ד"כ התשס"ז 8191. חבר הכנסת מיכאל איתן: "אנחנו נמצאים בשיטה אשר קיים בה חוסר איזון ביחסי הכוחות, בין מערכת תביעה מאוד מאוד חזקה לבין הפרט. מדינת ישראל היא מדינה שיש בה, נדמה לי, הכי הרבה אישומים לנפש בעולם המערבי; יש בה הכי הרבה הרשעות פר כתבי-אישום שמוגשים; יש בה גם הרבה מאוד, גם באופן יחסי למה שמקובל בעולם המתוקן, נאשמים לא מיוצגים [...]".

100 ראי עם זאת דברי האזהרה של השופטת מרים נאור בע"א 6705/04 **בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים**, (פורסם ב"נבו", 22.1.2009). השופטת נאור מזוהירה מפני הבחירה בפתרון ה"קל" של השתק, תוך שהיא מסתמכת על דברי פרופ' דפנה ברק-ארז, שלפיהם "הצגת הבעיה במונחים של השתק מגבילה מראש את החשיבה עליה".

101 טענת השתק הרשות התקבלה גם בדיני תכנון ובנייה במקרה שבו התבקשה דחיית ביצוע צו הריסה מנהלי בשל סברת בית המשפט שהתכנית תהיה מאושרת בתום שנה. עם זאת ציין בית המשפט שמדובר במקרה חריג. ראי עת"מ (נצ') 324/09 **זועבי דינא נ' ועדת ערר מחוזית – מחוז הצפון – נצרת עילית** (טרם פורסם, 14.3.2010).

שדוקטרינה זו, כפי שנקלטה במשפט הישראלי, תחול על מצבים כגון אלה של מוסא דכה. הרציונלים שבבסיס הדוקטרינה הם לעודד את הרשות לפעול כראוי,¹⁰² ולמצוא פתרונות מניחים את הדעת מבחינת שיקולי צדק והגינות. כך, למשל, על רקע הנסיבות התכנוניות שתוארו בפרק השני, אשר בדרך כלל מאפיינות אוכלוסיות מוחלשות, ננסה להדגים את המקרה הקיצוני של חוסר תכנון (או הקפאתו) מצד רשויות התכנון, המקרה של מוסא דכה, כמקרה מתאים להחלטה.

מהו אפוא מקרה קיצוני של התמשכות הליכי תכנון ובנייה? או חוסר תכנון? נתון עדכני מלמד שהזמן הממוצע לקידום תכנית מתאר מקומית הוא ארבע-חמש שנים, והמנהל שואף לצמצם תקופה זו לשנה.¹⁰³ אמנם בחוק אין הגבלה של תקופת הקפאת ההליכים, אולם בית המשפט המחוזי ניסה להקיש מסעיפים אחרים בחוק מהו זמן סביר, והסיק שמדובר בתקופות קצרות בהרבה.¹⁰⁴ במקרה של מוסא דכה דובר ביותר מעשור.

השופטת אגמון-גונן כינתה את מוסא דכה "גוליבר בארץ הענקים"¹⁰⁵ ואת תושבי פרדס דכה "בני ערובה" בידי עיריית תל-אביב.¹⁰⁶ לדעתה, ואף לדעתנו, בנסיבות שנוצרו לא צודק להרוס את ביתם, ויש להשתמש בכלים ובדוקטרינות ששיטת המשפט מאפשרת, לצורך התליית צווי ההריסה עד אשר ישתנו הנסיבות.

6.2 הצדקה להתליית צו ההריסה מכוח רציונל של מידתיות

האם השבת צו ההריסה לתוקפו נועדה למנוע טרפוד של ההליך התכנוני או שמא מטרתה הבלעדית היא ענישת הבונה שלא כחוק? ההבחנה בין שתי המטרות חשובה מפני שעלינו לזכור שהריסת מבנה היא בלתי הפיכה במובן מסוים, וכאשר מדובר בהריסת מבנה המשמש קורת גג לדעתנו יש להשתמש בסנקציה זו במשנה זהירות.

עקרון המידתיות בענישה הוא עיקרון בסיסי בשיטות המשפט המערביות וממנו נגזרת הדרישה לשמור על מידתיות בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש.¹⁰⁷ כפי שהצגנו לעיל, התכליות שבבסיס חוק התכנון והבנייה הן תכליות המאזנות בין הזכות של הפרט לקניין לבין האינטרס הציבורי של המדינה בהתפתחותה. אם כן, ניתן לומר שכאשר אדם בונה ללא היתר, הוא עובר על החוק, ויתרה מזו: הוא גם מסכל מדיניות תכנונית צפויה אשר אינטרסים ציבוריים גלומים בה. במקרה כזה יהיה סביר להניח חזקה הניתנת לסתירה שהריסת המבנה היא צודקת, שכן הריסת המבנה הולמת (במובן המידתי) את חומרת העבירה. מאידך גיסא, כאשר בנייה ללא היתר פוגעת רק בפן הפרוצדורלי של חוק התכנון והבנייה, לא בטוח כלל שהריסת המבנה היא עונש מידתי (להבדיל מהטלת קנס, למשל). לפיכך, כשיש אפשרות שהבנייה תוכשר בדיעבד לפי המדיניות התכנונית, לא צודק להרוס את המבנה.¹⁰⁸ יתרה מזו, המחוקק הכיר

¹⁰² נקדימון ישגב הגנה מן הצדק 77, 108 (מהדורה שנייה, 2009).

¹⁰³ אורי טל, לעיל הערה 24.

¹⁰⁴ ראי טקסט ליד הערה 79 לעיל.

¹⁰⁵ פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

¹⁰⁶ שם, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

¹⁰⁷ רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים 147, 150 (2005).

¹⁰⁸ "האם עלינו להורות לנקוט בהליכים שתכליתם להרוס מה שנבנה שלא כדין, על אף שאושרה התכנית השנייה אשר הכשירה את הפגמים ככל שמה שנבנה תואם את התוכנית השנייה? תשובתי על כך בשלילה. זוהי סנקציה בלתי מידתית

בסמכות בית המשפט לשקול דחיית ביצוע צו ההריסה אם ראה טעם לעשות כן.¹⁰⁹ בפרשת **סבן** אף פירש השופט חשין את סמכותו זו של בית המשפט בהרחבה בקבעו שבית המשפט יכול לתת ארכה לביצוע צו ההריסה גם אם עבר המועד שנקבע קודם לכן לביצועו של הצו.¹¹⁰ אפשר להמחיש טיעון זה באמצעות פרשת **נווה**, שבה סירב בית המשפט לתת ארכה לביצוע צו ההריסה משום שהמבנה המדובר נבנה שלא כחוק ברובע היהודי של העיר העתיקה בירושלים באזור המיועד לשימור.¹¹¹ ברור שבמקרה זה המבנה גם מסכל את המדיניות התכנונית וגם הסיכוי להכשרתו בדיעבד הוא אפסי. לעומת זאת, במקרה של מוסא דכה, הרשות עצמה הסכימה לעסקת טיעון שלפיה יידחה ביצוע הצווים לזמן מה,¹¹² כנראה במחשבה שעד חלוף אותו מועד תוכן תכנית מפורטת, ולה מדיניות תכנונית קונקרטית. או אז, יהיה אפשר לדעת אם המבנה של מוסא דכה עומד בתנאי אותה מדיניות וניתן להכשרה,¹¹³ ואם אינו עומד בה, יוצא צו ההריסה אל הפועל. לכן דחיית ביצוע הצו עד אשר ישתנו הנסיבות התכנוניות משרתת את האינטרס של מידתיות הענישה. לעומת זאת, כאשר בית המשפט העליון משאיר את הצו על כנו אבל גם משאיר את הקיפאון התכנוני על כנו, צו ההריסה משמש עונש לא מידתי שאינו הולם את חומרת העבירה.¹¹⁴

6.3 הצדקה להתליית צו ההריסה מכוח רציונל של קידום האינטרס התכנוני

אם הטיעון הקודם בדבר מידתיות הענישה הצדיק את ההחלטה לעכב את ביצוע צווי הריסה כאשר יש סיכוי ממשי להכשיר את הבנייה בדיעבד, הרי כעת נבקש לשכנע מדוע צריך לדחות את ביצוע צווי ההריסה עד אשר הרשות תפעל בסבירות למילוי חובותיה התכנוניות. עם זאת, עלינו לגדר את המקרים שבהם יותלה צו ההריסה מטעם זה ולצמצמם לנסיבות מיוחדות.

הטעם המרכזי להתליית צו הריסה עד שפעולת הרשות תיעשה בסבירות הוא המרצת הרשויות למלא את ייעודן והפחת רוח חיים בזכות התכנון. כך ידעו הרשויות השונות כי אין הן יכולות להזניח אוכלוסיות שלמות ולהחזיקן כ"בנות ערובה". בעניינו, כפי שאחד מתפקידי המשפט הוא להכווין את התנהגותם של האזרחים, כך גם תפקידו הוא להכווין את הרשות. מכאן שהתליית צו הריסה יכולה להיות תזכורת לרשות. הנסיבות שבהן ראוי להתלות מטעם זה צו הריסה שהופנה כלפי האזרח הן התנהגות בלתי נסבלת – "זועקת לשמים" – של הרשות בנוגע לאותה עבירת בנייה, משמע מידה של אשמה. על התנהגות

בנסיבות העניין, בג"ץ 143/06 **תנועת "שלום עכשיו" ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון**, פס' 6 לפסק דינה של השופטת נאור (טרם פורסם, 5.9.2007).

¹⁰⁹ ס' 207 לחוק התכנון והבנייה: "בית המשפט רשאי, בזמן מתן צו לפי סעיפים 205 או 206 ובכל עת לאחר מכן, לקבוע את המועד לביצועו ורשאי הוא להאריך מועד שקבע, אם ראה טעם לעשות כן" (הדגשה שלנו).

¹¹⁰ רע"פ 4357/01 **סבן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "אונו"**, פ"ד נו(3) 49, פס' 25 לפסק דינו של השופט חשין (2002). ועוד הוא אומר בפס' 22: "יתר-על-כן: צו הריסה כי יבוצע, יביא הביצוע לתוצאה שאינה הפיכה. מסקנה נדרשת מכאן היא, כי נכון וראוי לפרש את החוק על דרך הענקת שיקול דעת רחב ועמוק לבית-משפט, ולו כדי למנוע בנסיבות אלו ואחרות תוצאות קשות ובלתי צודקות. אם, למשל, יש סיכוי כי המיבנה יזכה בהכשר תוך זמן קצר, מה צדק ומה טעם יש בפירוש המצמצם את סמכותו של בית-המשפט?"

¹¹¹ ע"פ (מחוזי י-ם) 40745/07 **נווה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 2008).

¹¹² פרשת **דכה** במחוזי, לעיל הערה 8, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

¹¹³ מוסא דכה אף הסכים להתאים את המבנה לתכנית שתאושר, שם.

¹¹⁴ אשר לשיקול ההרתעתי שבענישה, היות שמדובר בעבירה שהיא "מכת מדינה", ניתן לטעון שיש להחמיר עם העובר על החוק. עם זאת, אין ממצא אמפירי חד משמעי התומך במתאם בין חומרת הענישה לבין צמצום הפשיעה. זאת ועוד, לא ברור כלל שהחמרה בענישה היא שמרתיעה עבריינים. ישנם ממצאים המראים שמה שמרתיע עבריינים הוא ודאות שבתפיסה ובענישה. ראי סבה לסלי "האם יש לאמץ את שיטת 'שלוש המכות' במגרש המקומי?" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2008) www.idi.org.il/breakingnews/pages/breaking_the_news_40.aspx; שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת **עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה** 124 (מהדורה שלישית, 2009); מיותר לציין שדעתנו היא שהדרך לטפל בעבירות בנייה הנובעות מחוסר תכנון היא שהרשות תמלא את תפקידה כנדרש.

כזאת ניתן להצביע בנסיבות קיצוניות כמו אלה בפרשת דכה של הקפאת הליכי התכנון במשך יותר מעשור,¹¹⁵ וכמו אלה שתוארו בתחילת רשימה זו: חוסר תכנון וריק תכנוני מתמשך. אלה הן נסיבות קיצוניות, המעידות על כשל מערכתי של ממש. למעשה, מדובר באותן נסיבות ייחודיות של פגיעה בקיום מינימלי בכבוד, של פגיעה באוכלוסייה מוחלשת או מופלית לרעה וכדומה.

הצעתנו היא אפוא להתלות את הצו לפרק זמן מסוים, עד אשר הרשות תמלא את תפקידה באופן שיסרו הנסיבות הקיצוניות. כך, הרשות תוכל להכשיר את הבנייה בדיעבד או לדבוק בהחלטתה להרסה, כאשר החלטות אלה יהיו מושתתות על מצע תכנוני מוצק. כאשר זכויות כגון הזכות לקורת גג, או הזכות לקיום בכבוד מינימלי, מונחות על הכף, כל עוד לא יצאה הרשות ידי חובתה בביסוס מציאות תכנונית ראויה, לא תוכל להחזיר את הצו לתוקפו. אם הריסת המבנה יקרה לה, תיאות לממש את חובותיה בדין ולאחר מכן להרוס את המבנה.

7. ניסיון לקריאה מחדש

פסק דינו של בית המשפט העליון אמנם מבכר פתרון משפטי אחר מזה שבחר בית המשפט המחוזי, אולם ניתן לשער שהוא שואף להגיע לאותה תוצאה: מתן מענה אפקטיבי למצוקת ציבור הבונים בנייה בלתי חוקית בעל כורחם.

ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון הרשאה לבתי המשפט המנהליים להתערב בשיקול דעתה ובהחלטותיה של רשות התכנון בעתירות אינדיבידואליות שיוגשו בטרם יפנה האזרח לעשיית דין עצמי בבנייה בלתי חוקית.¹¹⁶ ככלל, נקודת המוצא היא שבית המשפט אינו שם את עצמו בנעלי הרשות ואינו מתערב בשיקול דעתה, במיוחד כאשר מדובר ברשויות מקצועיות כגון רשות התכנון.¹¹⁷ אולם ייתכן שפסיקתו של השופט רובינשטיין פותחת פתח – ואולי אף קוראת – למעורבות נמרצת יותר של בתי המשפט לעניינים מנהליים בשיקול הדעת של הרשות במקרים שבהם האזרח "כלוא" במצב של חוסר תכנון. התערבות כזו תאפשר לתת סעד מסוג צו עשה כלפי הרשות שיורה לה לתכנן (ולו תכנון נקודתי) ואף תאפשר לבית המשפט לתת היתר בנייה לגופה של בקשה.¹¹⁸ עם זאת, גם קריאה כזו של פסק הדין אינה נותנת מענה יעיל לאזרחים.

¹¹⁵ וזאת עוד, לאחר שדכה ערער לוועדת הערר המחוזית, הוסכם עמו שהתנהגות הרשות אינה תמת לב, אך שידיהם כבולות מלעזור לו. פרשת דכה במחוזי, לעיל הערה 8, פס' 4 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

¹¹⁶ פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, פס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין. הוסיף ואמר השופט רובינשטיין: "על כן סבורים אנו, חרף ההחלטה שאליה הגענו, כי צודקים המשיב והאגודה לזכויות האזרח, שפעולות רשות תכנונית צריכות להיעשות בזמן ראוי בנסיבות העניין [...] כמובן, אם חלילה יתברר כי אין הרשויות מסוגלות להרים, בידי יזמים או בעצמן – את התכנית שאישרו, עליהן להכריע מהי החלופה לכך, ואיזוהי הדרך שתבור לה הרשות. אין עסקינן בעתירה מינהלית ולכן איננו מצויים במצב של מתן צו-עשה, אך ברי כי המצב הנוכחי הוא מעוות שיוכל לתקון רק אם יתעשתו הרשויות". פרשת דכה בעליון, לעיל הערה 1, פס' כב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹¹⁷ עע"מ 9018/04 מונא נ' משרד הפנים, פס' 13 לפסק דינו של השופט עדיאל (טרם פורסם, 12.9.2005); בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, פס' 6 לפסק דינו של השופט אור (1989); עת"מ (י-ם) 1267/09 איסמעיל נ' שר הפנים, פס' 7 לפסק דינו של השופט נועם (טרם פורסם, 18.1.2011).

¹¹⁸ כך למשל בפרשת הגשרון נתן בית המשפט צו ביניים למדינה המורה להקים גשרון מעל נחל, גם כאשר לא היה לכך היתר. ראי לעיל הערה 2; מקרה נוסף הוא פרשת הבית הפתוח שבו בית המשפט התערב בשיקול דעתה של הרשות ונתן צו עשה לעיריית ירושלים ובו הוא הורה לה להקצות חלק מתקציב העיר לארגון המייצג את הקהילה הלהט"בית בעיר. עת"מ (י-ם) 219/06 הבית הפתוח בירושלים לגאוה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 28.5.2006).

7.1 תחולה בזמן וייצוג הולם

אם הערכאה הדיונית תגלה נכונות לבחון ביתר קפדנות את החלטתה של הרשות שלא לתכנן באזור מסוים, ואף תיאות להוציא צווי עשה שיורו לרשות להשתמש בסמכותה, עדיין לא תבוא הבעיה על פתרונה המלא. שינוי גישה כזה, אם יוחל מעתה והלאה, ייתן מענה לאוכלוסיות המצויות במצוקת תכנון לפני בנייה שלא כדין, וייתכן שעתירה מנהלית בעניין תיתן להם מענה קונקרטי ומיידי.¹¹⁹ אולם שיקול דעת נרחב בעתירה מנהלית לא יסייע למי שכבר בנו שלא כחוק באותן נסיבות, אם תיחסם בעדם האפשרות לטעון טענות מסוג הגנה מן הצדק או השתק כלפי הרשות. ניתן כמובן לטעון שיש להחיל על ציבור מסוים זה את הסעד באופן רטרואספקטיבי באופן שבית המשפט ישכיר את הבניה הבלתי חוקית שבוצעה עד כה, על ידי מתן היתרים.¹²⁰ אולם לנוכח התבטאויותיו הנחרצות של בית המשפט העליון בעניין הצורך להוקיע את תופעת הבנייה הבלתי חוקית,¹²¹ קשה לדמיין מצב שבו בנייה זו תוכשר בדיעבד על ידי בתי המשפט. ייתכן שכאן נדרשת התערבות של מערך הייעוץ המשפטי של הרשויות המקומיות ומניעת הגשה של תביעות במצבים אלה, עד שיימצא פתרון תכנוני.

זאת ועוד, ולאור הדברים האמורים בתחילת הארה זו, יש לשאול עד כמה אפקטיבי יהיה פתרון שיפוטי זה כלפי האוכלוסיות המוחלשות שנגישותן לערכאות היא, כאמור, זרועת מכשולים רבים.¹²² אם בית המשפט העליון אכן גורס שיש לפנות בעתירה מנהלית לפני הבנייה הבלתי חוקית, הרי עולה הבעיה של ייצוג הולם והזכות להליך הוגן במלוא עוצמתה. כאמור, בית המשפט העליון בפסק דינו מודע לקושי זה באומרו: "ער אני לכך שלא כל אדם, בקרב אוכלוסיות חלשות למצער, יכול להרים את נס הפעולה – אך גורמים כמו האגודה לזכויות האזרח ודומיה, יוכלו להפנות מרצם דווקא לכגון דא".¹²³ יש לתהות אם בעקבות אמירה זו העמותות חייבות לייצג אוכלוסיות אלה, ואם כן, אם המדינה חייבת לתקצב אותן לשם כך. אולי מוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית לתת לאוכלוסיות אלה ייצוג הולם, בייחוד בהליכים שבהם מוצא צו הריסה, בדומה לחובה לתת ייצוג לנאשמים בהליכים פליליים העלולים להיאסר? נראה לנו שבהיעדר כתובת אמיתית לייצוג הולם של אוכלוסיות אלה בענייני תכנון ובנייה, נפגעת זכותן לנגישות לערכאות ולהליך הוגן במלוא חריפותה, ולפיכך גם בקריאה החדשה של פסק הדין אין פתרון אפקטיבי לשורש הבעיה.

¹¹⁹ המענה יהיה מיידי אם בית המשפט יהפוך למנפיק היתרי בנייה. עם זאת, אם בית המשפט יוציא לרשות צו עשה, אי-אפשר לדעת עד כמה הפתרון יהיה מיידי. חשוב לציין שגם אם בית המשפט אכן יתערב בשיקול דעתה של הרשות, לא יהיה מופרך לחשוש מכך שהרשות לא תבצע את הצו. כך, למשל, למרות הפסיקה בפרשת **הבית הפתוח**, שהוזכרה לעיל בהערה 118, לאחרונה נשמעה התבטאות של ועדת ההקצבות העירונית אשר לא אישרה את העברת התמיכה התקציבית לבית הפתוח. ציפי מלכוב "מצפצפים על ההומואים, הלסביות ובג"צ" **mYnet** 30.3.11 www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4049468.00.html; כמו כן, לאחרונה פורסם תזכיר שכתבה יהודית קרפ בדבר אי-ציות המדינה לפסקי דין של בג"ץ ובית המשפט לעניינים מנהליים. בתזכיר סוקרת קרפ מקרים לא מעטים שבהם בית המשפט נתן צו עשה לרשות והרשות לא ביצעה אותו. מצב כזה מרמז לנו על גבול כוחו של בית המשפט. יהודית קרפ **אי ציות המדינה לפסקי דין של בתי המשפט: בג"ץ ובתי משפט לעניינים מנהליים** (2011) www.acri.org.il/pdf/karp1.pdf.

¹²⁰ כך למשל ברע"א 8925/04 **סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל**, פ"ד סא(1) 126 (2006) נפסק כי ניתן להחיל רטרואספקטיבית את ההלכה שנקבעה בעניין אטינגר על תביעות תלויות ועומדות בבית המשפט.

¹²¹ פרשת **דכה** בעליון, לעיל הערה 1, פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹²² אלבשן, לעיל הערה 59, בעמ' 498.

¹²³ פרשת **דכה** בעליון, לעיל הערה 1, פס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

8. סיכום

בהארה זו ניסינו לבחון את פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת **דכה**, שהשאיר את צו ההריסה למבנה בלתי חוקי על כנו, על רקע המציאות התכנונית המורכבת במדינת ישראל. בחרנו להתמקד בעבירות בנייה הנובעות ממצוקות דיור ומחוסר תכנון משום שלדעתנו מדובר בבעיה חברתית מצערת שעיקר נפגעייה הם יחידים מאוכלוסיות מוחלשות, בעיה שרק עמותות בחברה האזרחית מנסות להתמודד עמה.¹²⁴

לאחר מתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי, הכרעתו החלה לחלחל לטענות האזרח בכל עת שהרשות נקטה הזנחה תכנונית ומחדלים קיצוניים כלפיו. פסק הדין אוזכר בהליכים פליליים ואזרחיים שעסקו בענייני תכנון ובנייה.¹²⁵ בכמה מקרים ביקשו עותרים אף לבטל צווים מנהליים בשל הזנחה תכנונית ותמכו טענותיהם בפסיקת בית המשפט המחוזי.¹²⁶ כשפסק דין זה שימש כטענת הגנה, היא לא התקבלה ולא התקבעה כהלכה, בייחוד משום שניתנה רשות לערער עליו.¹²⁷ משהתקבל הערעור בבית המשפט העליון, פסק הדין החדש שימש את הרשות בכל עת שהואשמה בערכאות בהפרת חובותיה כלפי אזרחים. למרבה הצער, לא התממש הפוטנציאל המהפכני בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

כמו מוסא דכה, אזרחים רבים ניצבים לפני אותה שוקת שבורה. הם עומדים חסרי אונים, כמעט שקופים, אל מול המכשלות שרשויות התכנון והמדינה שמות לפנייהם. כך, לעומת הנתבי הראוי יותר של הכשרת בנייה במצבים שבהם מדובר באוכלוסיות מוחלשות שאפשרויות הדיור האחרות שלהן אפסיות, המדינה בוחרת בנתיב של הרס בתים ונטיעת עצים במקומם.¹²⁸

לדעת השופט זמיר, ניתן לעתים "להקריב" את הצדק הפרטי על מזבח הצדק המערכתי.¹²⁹ עם זאת, לעתים נראה שבשיח של צדק פרטי וצדק מערכתי יש מדיניות של איפה ואיפה מצד המדינה ורשויותיה, מתי עליה לתת מקום לשיקול הפרטי ולנסיבות האישיות ומתי מבחינתה יד החוק גוברת.¹³⁰

¹²⁴ ראי למשל את עמותת "במקום" www.bimkom.org/, את האגודה לזכויות האזרח www.acri.org.il/Story.aspx?id=1616, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי ac-ap.org/hebrew/ ואגודת הארבעים www.assoc40.org/he/.

¹²⁵ מתוך כ-24 פסקי דין שאזכרו את פסק הדין של השופטת אגמון-גונן בפרשת **דכה** במחוזי, כ-14 מהם הליכים פליליים, 4 הליכים אזרחיים, 5 עתירות מנהליות ובג"ץ אחד. חוץ מדיונים בצווי הריסה אוזכר פסק דינה גם במקרים של שימוש חורג בקרקע. לדוגמה, עפ"א (מרכז) 16347-10-09 **זבן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.2.2010) [לפי בדיקה שנעשתה במאגרי הידע "נבו" ו"תקדין"].

¹²⁶ במקרה אחד אף בוטל צו הריסה מנהלי. עיקר העתירה אמנם נסב על שאלה אחרת, אולם בית המשפט הזכיר את הלכת **דכה** בלי לקבוע עמדה בעניין. לאחר מכן ביטול הצו נהפך בבית המשפט המחוזי: ע"פ (מחוזי י-ם) 2649/08 **יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' חליל** (טרם פורסם, 28.07.2009).

¹²⁷ רע"פ 9364/08 **גן הזית אירועים וכנסים בע"מ נ' הוועדה המקומית ולבניה "זמורה"** (טרם פורסם, 10.6.2009); עניין **זבן**, לעיל הערה 125, בפסי 24.

¹²⁸ אילנה קוריאל "קק"ל תשתול באל-עראקיב, תושביו יפצו המדינה" **YNET** 23.01.11 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4017765,00.html. ודוקו, הסכסוך של המדינה עם הבדווים בנגב הוא רחב יותר מדיני התכנון והבנייה וכולל גם סכסוך באשר לבעלות על הקרקעות. לקריאה נוספת ראי אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמרה "עיון מחדש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הבדווים" (צפוי להתפרסם ב**משפט וממשל** יד, 2012).

¹²⁹ דני"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661, פסי 18 לפסק דינו של השופט זמיר (1996): "אין זה צודק לעשות צדק במקרה אחד אם כתוצאה ייגרם אי-צדק במקרים רבים".

¹³⁰ ראי למשל את עמדת ראש הממשלה נתניהו בעניין הריסת בתי אלמנותיהם של אלירז פרץ ז"ל ורועי קליין ז"ל במאחו יובל, כאשר ביקש מהיועץ המשפטי לממשלה למצוא פתרון משפטי למניעת הרס הבתים, לעומת עמדת עיריית לוד בדבר הריסת ביתה של האלמנה מרים אבו זאיד באומרה "נסיבותיה האישיות שלה ושל בני משפחתה אינן רלוונטיות לעניין בניית המבנה ללא היתר כדין ואינן מהוות עילה לביטול הצו". ברק רביד "נתניהו סיכם על דחיית תשובת המדינה בנוגע להרס בתי האלמנות פרץ וקליין" **הארץ Online** 12.1.11 www.haaretz.co.il/hasite/pages/1209370.html; אולגה פרסמן "לוד: צו הריסה לבית אלמנת הנרצח" **YNET** 11.10.10 www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-3967056,00.html. כן השווי ל"מה מדינת ישראל עושה כדי לסייע לאנשים בסופה? הורסת להם את הבתים" **אמנסטי אינטרנשיונל** 13.12.2010 www.amnesty.org.il/?CategoryID=183&ArticleID=630.

אנו טוענות שפתרונה של השופטת אגמון-גונן בבית המשפט המחוזי מקיים הרמוניה בין שתי הקטגוריות. הצדק ה"פרטי" במקרה של מוסא דכה יכול לשרת גם את הצדק ה"כללי" לנוכח השלכות הרחב הבעייתיות ולאור עקרונות הצדק הכלליים שנקלטו בשיטת המשפט שלנו ושהודגמו לעיל.

כעולה מפרשת **דכה**, גם בית המשפט, הגוף האמון על החלת החוק על המדינה וזרועותיה, אינו מספק לאזרחים נפגעים מזור והוא משלח אותם לתקשורת, לכתוב מכתבים ולהיעזר בגופי החברה האזרחית.

אין ספק ששינוי מערכתי נדרש בנושא התכנון ובנייה. ברשימה זו התמקדנו בשינוי המערכתי הנדרש לדעתנו מצד בתי המשפט. שלא כמו השופט רובינשטיין בבית המשפט העליון, אנו חושבות שהיה מנוס מן התוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון ואת זאת ניסינו לטעון בהארה זו.

השופטת מיכל אגמון-גונן בחרה לחתום את פסק דינה בציטוט מדבריו של גיא מונדלק:

"על העושים במהפכות חוקתיות לזכור כי אין תועלת ברשימת הזכויות עלי ספר, אם אלה אינן מצליחות לשנות את החוויה הבסיסית שאליה מתעורר אדם מדי בוקר. אם הבוקר של היום דומה לזה של אתמול, ואין לאדם להאמין כי כך יהיה גם בכל בוקר מעתה ועד עולם, וכי ספרו כתוב, ולא נותר אלא להפוך דף על-מנת לגלות כי ההמשך ידוע מראש, דומה לעבר ואולי אף רע יותר, הרי שכל שנותר זה אותו טעם מר של תסכול,¹³¹ מיאוס, ציניות ואפאתיות אשר מגלים את הפגיעה הקשה בזכויות האדם".

אנו מקוות שבעקבות רשימה זו תהיה חשיבה מחודשת על פועלו של בית המשפט בנושא הבנייה הבלתי חוקית, ושמוסא דכה וחבריו למצוקה יתעוררו לבוקר חדש.¹³²

¹³¹ גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר **ברנזון** כרך שני – בני סברה 183, 280 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

¹³² משפט זה הוא סגנון מחדש של המשפט המסיים את פסק דינה של השופטת אגמון-גונן: "תקווה אני כי בעקבות פסק דין זה, תשנה המשיבה את פועלה, והמערער, מוסא דכה, ושכניו לשכונת פרדס דכה ביפו יתעוררו לבוקר חדש". פרשת **דכה** במחוז, לעיל הערה 8, פסי' 9 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.