

העותרים :

1. האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל
2. חליל אל-עוקבי
3. עלי אבו שחיטה
4. יונס אל-עוקבי
5. יוסף אל-סבוחאת
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל
7. במקום - מתכננים למען זכויות תכנון

כולם ע"י ב"כ עוה"ד באנה שגרי-בדארנה ו/או  
דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או הדס תגרי ו/או  
אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא  
ו/או לילה מרגלית ו/או פאטמה אל-עגיו ו/או  
שרון אברהם-ויס ו/או נעה שטיין ו/או סוניה  
בולוס ו/או עודד פלר

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**

ת"ד 35401, ירושלים 91352

טל: 6521218-02 פקס: 6521219-02

נגד

המשיבים :

1. המועצה הארצית לתכנון ובניה - ועדת המשנה לעררים  
רחוב קפלן 2, קרית הממשלה, ירושלים

2. שר הבינוי והשיכון

ת"ד 18110, שיד גיראח, ירושלים 91180

3. מינהל מקרקעי ישראל  
רח' שמאי 6, ירושלים 94631

4. הסוכנות היהודית לארץ ישראל  
רח' המלך ג'ורג' 48, ירושלים

5. הקרן הקיימת לישראל  
רח' קק"ל 1, ירושלים 91002

6. מועצה אזורית בני שמעון  
ד.נ. הנגב 85300

7. וועדה מקומית לתכנון ולבניה "שמעונים"

### עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה מינהלית, לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה מס' 1 :

1. לבטל החלטתה מיום 18.1.04, הדוחה את ערר העותרים נגד החלטתה של ועדת המשנה להתנגדויות שליד הועדה המחוזית לתכנון ובנייה במחוז הדרום מיום 09/01/2003 בעניין תכנית 31/305/02/7 (להלן התכנית);
2. ליתן הוראות על השלמת הפרטים הטכניים החסרים, כדי להביא לאישורה המידי של התכנית במתכונת שאושרה ביום 05/03/2000, כיישוב כפרי חקלאי בדואי;
3. לקבל את ערר העותרים ולקבוע, שהישוב שיוקם על פי תכנית 31/305/02/7 ייועד להתיישבות קבע בדואית עבור בני שבט אל-עוקבי, וכי תהליך הקמתו יחל בהקדם האפשרי.

## בקשה לקיום דיון דחוף

1. עתירה זו עניינה בהחלטת המשיבה 1 לדחות את הערר שהגישו העותרים נגד תכנית מתאר מקומית מס' 31/305/02/7, שבמסגרתה הוחלט לשנות את אוכלוסיית היעד של הישוב נשוא העתירה מאוכלוסייה בדואית לאוכלוסייה יהודית, בניגוד מוחלט לעקרונות וחוקי התכנון ובהתבסס על שיקולים פסולים ומפלים, והכל כפי שמפורט בהרחבה להלן.
2. כפי שיוסבר מייד, פעולות המשיבים, העושים כל שבידיהם לעשות על מנת לקבוע עובדות בשטח, עשויים לסתום את הגולל על האפשרות לממש את פסק הדין שינתן בעתירה זו, אם וכאשר יקבע בית המשפט הנכבד, כי פעולות המשיבים נעשו בחוסר תום לב ושלא כדין. במצב דברים זה, ככל שיחלוף הזמן וככל שימשיכו המשיבים בפעולותיהם האינטנסיביות לסיכול משמעותו האופרטיבית של הדיון בערכאות המשפטיות. אם לא ייקבע דיון דחוף בעתירה זו עלול להיווצר מצב עובדתי בשטח התכנית נשוא עתירה זו, שיסכל כל אפשרות לממש החלטה של בית משפט נכבד זה אם וכאשר יקבע, כי פעולותיהם של המשיבים נעשו שלא כדין.
3. המשיבים 2-7, כולם ו/או מקצתם, החלו בהעלאתם של מבנים יבילים לשטח נשוא העתירה בלילה שבין 18 ל-19 בינואר 2004, שעות מעטות בלבד לאחר שהחליטה המשיבה 1 לדחות ערר, שהוגש על ידי העותרים, וזאת בטרם נמסרה ההחלטה לידי העותרים.
4. בהמשך, אף על פי שידעו, כי הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק נגד פעולותיהם ואף על פי שידעו כי מעל פעולותיהם מרחף סימן שאלה משפטי, המשיכו המשיבים בפעולות לקביעת עובדות בשטח. בכלל זה הציבה המשיבה 4 ו/או מי מטעמה ובשיתוף איתה, לפני שבוע ימים בלבד עשרה מבנים יבילים נוספים והחלה בחיבורם לתשתיות והתאמתם לצרכי מגורים. בין השאר, פועלים חלק מהמשיבים בימים אלה לחיבור צינור זמני להובלת מי שתיה לשטח התכנית נשוא עתירה זו.
5. עינינו הרואות, כי המשיבים נחושים בדעתם להוסיף ולקבוע עובדות בשטח, וזאת אף על פי שהם יודעים היטב, כי חוקיות פעולותיהם נתונה במחלוקת משפטית.
6. לפיכך, ועל מנת למנוע את ביסוס אחיזתם של המתגוררים במבנים היבילים באזור, מתבקש בית המשפט להורות על קיום דיון דחוף בעתירה זו.

## ואלה נימוקי העתירה:

### מבוא

1. עתירה זו עניינה מקומם של שיקולי צדק חלוקתי ושוויון במוסדות התכנון וכן יחסי הגומלין בין מדיניות וסמכויות הממשלה לבין סמכויות מוסדות התכנון ואפליה בתכנון. הליכי התכנון של תוכנית מתאר מקומית 31/305/02/7, אשר שינו בשלב מאוחר את אוכלוסיית היעד של היישוב נשוא התכנית מאוכלוסייה בדואית לאוכלוסייה יהודית, נעשו תוך התעלמות מעקרונות של שוויון וצדק חלוקתי. לחלופין נעשו בחוסר סבירות קיצוני וללא שניתן לשיקולים אלה משקלם הראוי.
2. החלטת מוסדות התכנון לתת משקל כבד ואף מכריע להחלטת הממשלה, שהחליטה להקצות משאבים ובכללם משאבי קרקע, אך ורק עבור התיישבות יהודית בשטח התכנית, הינה החלטה פגומה, בלתי סבירה ומפלה. בהליכי התכנון חלו ליקויים, היורדים לשורשו של עניין, ודי בהם כדי להביא לבטלות התכנית.

### הצדדים

3. העותרת 1 הנה עמותת רשומה, הפועלת לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל, ומיוצגת על ידי יושב הראש שלה מר חסן (נורי) אל-עוקבי, בנו של המנוח שיח' סלימאן מוחמד אל-עוקבי, שיח' שבט אל-עוקבי.
4. העותרים 2-5 הם חברי הוועד המקומי של שבט אל-עוקבי, והם מבקשים להתיישב בעצמם ויחד עם בני שבטם ביישוב נשוא התכנית. העותרים מייצגים הן את בני שבט אל-עוקבי המתגוררים ביישוב הבלתי מוסדר ליד חורה והן משפחות נוספות מבני השבט המבקשות להתאחד אתם ולהתגורר יחדיו ביישוב קהילתי-חקלאי בנגב. יודגש כי העותרים 1-5, היו עוררים בערר שהוגש נגד התנגדותם לתכנית המתאר המקומית, שנדחה ע"י המשיבה 1.

העתק מכתבו של העותר מס' 2 אל מנהל המנהלה לקידום הבדואים - במסגרת המשיב מס' 3 - מיום 14.5.00 בדבר בחירת ועד מקומי המוסמך לייצג את בני שבט אל-עוקבי מצורף ומסומן ע/1.

5. העותרת מס' 6, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הנה עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים, אשר פועלת בין היתר למען הגשמת עקרונות השוויון והצדק החלוקתי בין אזרחי המדינה, ובפרט לקידום זכויותיה של האוכלוסייה הערבית בישראל ובכללה האוכלוסייה הערבית הבדואית בנגב.
6. העותרת מס' 7, במקום - מתכננים למען זכויות תכנון, הנה עמותה רשומה הפועלת למען קידום שוויון זכויות וצדק חברתי בנושאי תכנון ופיתוח לכלל אזרחי המדינה, ובכללם לאוכלוסייה הערבית הבדואית בנגב.
7. המשיבה מס' 1 היא שדחתה בהחלטתה מיום 18.1.04 את הערר, שהגישו העותרים נגד דחיית התנגדותם לתכנית המתאר המקומית 31/305/02/7 ע"י ועדת המשנה להתנגדויות שליד הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום, ומכאן העתירה.
8. המשיב מס' 2 הינו היוזם של התוכנית ושל שינוייה והפיכתה ליישוב קהילתי יהודי. כמו-כן המשיב 2 אחראי לתכנון, להקים לפתח ולאכלס את היישוב שבתכנית והפיכתו ליישוב יהודי. המשיב 2 היה משיב בערר שהוגש בפני המשיבה 1.
9. משיב מספר 3 הוא האחראי על ניהולה של הקרקע נשוא התוכנית, ועל הקצאתה למשיבה מס' 4.
10. משיבה מס' 4 נחזית כבעלת זכות החזקה בקרקע והרוח החיה מאחורי הקמת היישוב נשוא העתירה.
11. משיבה מספר 5 הינה הגוף, שהחל לפעול ולבנות בשטח נשוא התכנית.
12. משיבה מספר 6 היא המועצה האזורית, שבתחום שיפוטה מצוי השטח נשוא ההתנגדות, והיא נחזית כשותפה בהקמת היישוב נשוא העתירה.
13. המשיבה מס' 7 - אגודה שיתופית שהקימה המשיבה מס' 4 והמאגדת את המשפחות המבקשות להתגורר בגבעות בר, כפי שציינה המשיבה 4 בכתב התגובה לבקשה לצו ביניים ובכתב התשובה לעתירה שהוגשה לבג"צ בנוגע לתכנית נשוא עתירה זו (בג"צ 666/04). המידע המלא בדבר שמה של האגודה, מענה וזהות חבריה מצוי בידי המשיבה מס' 4.

14. המשיבה מספר 8 היא הגוף המוסמך להוציא היתרי בניה מכוח התכנית נשוא עתירה זו והיתה משיבה בערר בפני המשיבה 1.

## העובדות

15. העותרים 2-5 מייצגים את בני שבט אל-עוקבי, שישב באזור אל-עראקיב שבנגב במשך מאות שנים, קרי בשטח התכנית או בסמוך לכך. (לחוות הדעת התכנונית של ארגון במקום - שצורפה כנספח 19 לעתירה זו - צורפה מפה המאשרת את זיקת שבט אל-עוקבי לשטח התכנית נשוא עתירה זו ועדויות לקיום זיקה כאמור נמסרו במהלך הדיון בערר בפני המשיבה 1 מיום 1.1.04 ע"י ד"ר יצחק ביילי). עם קום המדינה ישבו בני השבט על אדמות שבבעלותם בהיקף של אלפי דונם וניהלו אורח חיים חקלאי. ביום 13.11.51 הועברו בני השבט על פי צו המפקד הצבאי אל אזור חורה, בטענה כי אדמות השבט נדרשו לצורך עריכת אימונים צבאיים רבי היקף. הובטח לנציגי השבט שהמעבר הינו זמני ושיאפשרו להם לשוב לאדמותיהם ובתייהם תוך 6 חודשים. בנוסף הובטח להם, שהאזור שהוקצה זמנית למגוריהם ולמחיייתם הזמניים יהיה בהיקף זהה לאדמות השבט. למרות ההבטחות, הוקצו להם קרקעות בהיקף מצומצם ביותר ולא אפשרו להם לחזור לבתיהם ולאדמותיהם עד עצם היום הזה. עם השנים צמצמה המדינה את השטח המוקצה לשבט באזור חורה לשטח כולל של 1,000 דונם, וכיום גם זכויות השימוש החקלאי בשטח זה נשללו מבני השבט והמקום אינו נותן כל תשובה לצרכים החקלאיים של אנשי המקום ואינו מאפשר אמצעי פרנסה חלופיים.

16. בעוד לאוכלוסייה היהודית החיה בנגב היצע מגוון של צורות התיישבות ובכללן למעלה ממאה יישובים קהילתיים, כפריים וחקלאיים, **הצעות המגורים היחידות שקיבלו בני השבט היו הצעות להתגורר בחורה או רהט**, שתיים מתוך שבע העיירות שהוקמו במטרה לרכז בהם אוכלוסייה בדואית מהנגב; הצעות אלה נדחו על ידם בשל אי התאמתן לצרכיהם ולאורח חייהם הכפרי. כמו-כן, לא התקבלו בקשותיהם להתגורר ביישוב כפרי-חקלאי, המכבד את מסורתם, אורח חייהם ועיסוקם.

17. תנאי החיים באזור מגורי העותרים הינם קשים ביותר. לאורך למעלה מ-50 שנה נמנעו רשויות המדינה השונות, ובכללם מוסדות התכנון, מלהסדיר תכנונית את התיישבות בני השבט בשטח, שהוקצה למגוריהם ו/או לחברו לשירותים בסיסיים. מדינת ישראל אינה מספקת לבני השבט את השירותים הבסיסיים ביותר, להם זכאי כל אזרח במדינה: תשתיות, כבישים, חיבור לקווי טלפון, חיבור למערכת החשמל, פינוי אשפה, זכויות בניה כחוק ותנאים מינימליים למחיה. גם שירותי החינוך, הבריאות ופתרונות התעסוקה

מוגבלים ביותר. רוב התושבים מתגוררים בצריפים רעועים, שהגשם חודר אליהם בחורף והשמש קופחת בהם בקיץ. בשל אותם תנאים נאלצו חלק מבני השבט לעבור להתגורר בעיירות הבדואים או בערים מעורבות. היום רבים מאלה, שעברו ליישובים מוסדרים הם ו/או צאצאיהם הינם מחוסרי דיור.

18. בשנת '98 פעלו מוסדות התכנון השונים להכנתה ולאישורה של תכנית מתאר חדשה (תכנית מתאר 31/305/02/7) (ולחלן - "התוכנית"), המיועדת להקמת ישוב בדואי. כוונת הרשויות הייתה לממש נקודת יישוב, שאושרה במסגרת תכנית קודמת, על מנת ליישב במקום את בני שבט תראבין אל-סאנע, הנמצא במצב דומה למצבו של שבט אל עוקבי. ההתנגדויות לתוכנית, שהוגשו ע"י קיבוץ משמר הנגב, המועצה האזורית בני שמעון, הוועדה המקומית לתכנון ובנייה להבים ושבט תראבין אל-סאנע עצמו נדחו, ותכנית המתאר המוזכרת הגיעה לאישורים כמעט סופיים. בשלב מסוים הוסכם עם שבט התראבין, כי תוכן להם תוכנית חלופית מחוץ לתחום התוכנית נשוא העתירה.

19. בתחילת יוני 2000 פנו נציגי שבט אל-עוקבי אל ראש הממשלה ואל שרי ממשלה וגורמים נוספים בבקשה, כי יאושר להם להתיישב במקום, שתוכנן ויועד להתיישבות בדואית. הבסיס לפנייתם היה התאמת הישוב לצורכיהם, למצוקת הדיור שלהם ומתן אפשרות אמיתית לפתרון מצוקת התעסוקה של בני השבט. בעקבות פנייתם הם נענו על ידי עו"ד ניסן כוחי מאגף תאום מעקב ובקרה במשרד ראש הממשלה, כי בקשתם מבורכת ומועברת למינהל מקרקעי ישראל לבחינת התכנות הרעיון. ביום 12.2.01 פנה ב"כ בני השבט גם אל מזכיר המועצה הארצית לתכנון ולבניה וחזר על בקשתו.

העתק פניותיהם של בני השבט אל ראש הממשלה וגורמים נוספים מצורף ומסומן ע/2

העתק המכתב של עו"ד כוחי מצורף ומסומן ע/3

העתק המכתב אל מזכיר המועצה הארצית לתכנון ולבניה מצורף ומסומן ע/4

20. בעקבות פניותיהם ופגישות, שהתקיימו עם עוזר שר התשתיות, הופנו אל "המנהלה לקידום הבדואים" הפועלת במסגרת המשיב 3 במגמה למצוא פתרון ליישוב קבע במסגרת התוכנית. בישיבות שהתקיימו עם יו"ר המנהלה הועלתה על ידי נציגי התושבים הבקשה לעבור ליישוב הקבע האמור. לאחר מספר פגישות הודיע להם יו"ר המנהלה, כי התכנית בוטלה, וכי הוחלט לא להקים במקום כל ישוב. גם תגובת מזכירת המועצה הארצית לתכנון ולבניה מיום 21.2.01 הייתה, כי התוכנית הוסרה מעל שולחנה של המועצה הארצית.

העתק מכתב מזכירות המועצה הארצית לתכנון ולבניה, מצורף ומסומן ע/5

21. ביום 9.12.02 פנתה עו"ד בלהה ברג בשם העותרים אל מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון וביקשה להקצות לבני שבט אל-עוקבי את השטח המתוכנן בתכנית המתאר 31/305/02/7 כדי שישמש יישוב קבע עבור בני השבט. בתשובה מיום 16.12.02 מסר מר חיים פאלקוף, סמנכ"ל בכיר לתיאום ותכנון במשרד הבינוי והשיכון, כי "הטיפול בנושא שבנדון אינו בתחום אחריותו של משרד הבינוי והשיכון אלא באחריות מנהל מקרקעי ישראל". ברור היום, לאור התבטאויותיו של שר הבינוי והשיכון ולאור ההתרחשויות בשטח, כי תשובה זו היתה תשובה מטעה, שהיה בה כדי לזרות חול בעיני העותרים.

העתק מכתבה של עו"ד ברג מצורף ומסומן ע/6  
העתק תשובתו של מר פאלקוף מצורף ומסומן ע/7

22. לתדהמת העותרים נודע להם, שלא זו בלבד שהתוכנית לא בוטלה, אלא שהוגשה בקשה ע"י המשיב 2 וגורמים נוספים לשינוי התוכנית ולהסבתה ליישוב כפרי, המיועד לאוכלוסייה היהודית. מבירור שערכו העותרים עלה, כי הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום החליטה על הליך יסודי לשינוי התוכנית באופן שיותאם לאוכלוסייה היהודית. השינוי המוצע כלל, בין היתר, שינוי במספר יחידות הדיור בתוכנית, הוספת חדרי הארחה ועוד. כמו-כן שונתה כותרת התכנית, דבר המעיד על שינוי אופייה באופן מהותי. השינוי לווה באמירות חד משמעיות מצד חברי הועדה המחוזית לתכנון ובניה המעידים כי ידעו שהשינוי מהותי הוא והוא נעשה שלא כדין, כפי שפורט בכתב הערר המהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו ואשר צורף וסומן (נספח ע/18).

העתק טבלת ההשוואה בין מהדורה 4 (התכנית המקורית המיועדת ליישוב בדואי) למהדורה 6 (המיועדת ליישוב גבעות בר) צורף כנספח 2 לכתב הערר.

23. הוועדה המחוזית לתכנון ובניה במחוז הדרום פרסמה ביום 14.11.02 את כוונתה לשנות את התכנית בהודעה בעיתון שבה נקבע, כי פעולתה נעשית מכוח סעי' 106(ב) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, שכותרתו דיון והכרעה בהתנגדות.

העתק ההודעה מצורפת ומסומנת ע/8

24. בעקבות פרסום המודעה הגישו העותרים 5-1 ואחרים ביום 12.12.02 התנגדויות לתוכניות בפני הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז הדרום. להתנגדות צורפה כחלק בלתי נפרד ממנה חוות דעת תכנונית של עמותת במקום מתכננים למען זכויות בתכנון. בידי העותרת מס' 1 רשימה קרוב ל-130 משפחות מבני שבט אל-עוקבי המעוניינות לעבור להתגורר ביישוב כפרי-חקלאי עצמאי.



העתק רשימה המשפחות, אשר הביעו את רצונן לעבור ולהתגורר ביישוב נשוא התכנית מצורף ומסומן ע/9

25. הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז הדרום דנה בהתנגדויות לתכנית ביום 6.1.03 כאשר עיקר הדיון התמקד בהתנגדות לשינוי היעוד המקורי של התוכנית, מישוב בדואי לישוב יהודי, ולהליך שננקט על ידי הוועדה המחוזית במטרה להביא לשינוי התכנית.

26. לפני שהתקבלה החלטה בעניין ההתנגדות, וללא היתר בניה הולם, הוחל בביצוע עבודות בשטח הישוב, בין השאר ע"י המשיבים 4-2. לאחר שהוגשה עתירה מינהלית לבית משפט נכבד זה (עת"מ 213/03) התברר כי, הוצא היתר בניה לביצוע עבודות בשטח התוכנית על סמך תוכנית מאושרת לכביש העובר בשטח האתר. הוצאת ההיתר לצורך בנית יישוב עפ"י תוכנית המאושרת לסלילת כביש, נעשתה שלא כדין. המשיבים לעתירה דלעיל הגיעו עם העותרים להסכמה, לפיה "לא תבוצענה עבודות עפ"י התכנית וזאת עד למועד תחילתה של התוכנית כאמור בסעיף 119 לחוק התכנון והבניה".

העתק ההסכמה מצורף ומסומן ע/10

27. בתאריך 13.1.03 החליטה ועדת המשנה להתנגדויות, שליד הוועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום לדחות את ההתנגדויות ולאשר את התוכנית.

העתק ההחלטה מצורף ומסומן ע/11

28. בתאריך 30.1.03 הגישו העותרים בקשת רשות ערר על החלטת הוועדה המחוזית, על פי סעיף 110(ב) לחוק. בקשת רשות הערר נדחתה על ידי יו"ר הוועדה המחוזית ביום 5.2.03.

העתק ההחלטה מצורף ומסומן ע/12

29. ביום 13.02.03 פורסם דבר אישורה של התוכנית המתוקנת ברשומות.

30. ביום 6.3.03 הגישה עוה"ד בלהה ברג בשם העותרים עתירה מינהלית בבית משפט נכבד זה נגד החלטת יו"ר הוועדה המחוזית (עת"מ 234/03). לעתירה צורף דוח, שהגיש מר מרדכי מרדכי, מי שהיה באותה עת המנהל הכללי ומנהל מינהל התכנון בפועל במשרד הפנים לחברי ועדת המנכ"לים להאצת הבניה. ממצאי הדוח מדגישים, שקיים מלאי תכנוני ועודף היצע של מבנים למגורים לאוכלוסייה היהודית בנגב; מלאי שאינו מצליח להגיע לשלב השיווק והאכלוס בשל העדר ביקוש. כמו-כן צורף דוח על מצב היישובים

הבדואים המתוכננים בנגב מאת ד"ר יצחק ביילי, המצביע על הליקויים בשבע העיירות, שהוקמו ע"י המדינה לריכוז הבדואים, ועל הצורך לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת כדי לתקן את עוולות העבר ולספק פתרונות מגורים מתאימים לצרכי האוכלוסייה הבדואית בנגב ולהקצות משאבים בהתאם.

העתק הדוח של מר מרדכי מרדכי מצורף ומסומן ע/13

העתק הדוח של ד"ר יצחק ביילי מצורף ומסומן ע/14

31. ביום 9.3.03 הוצא צו ביניים בעתירה, במעמד צד אחד, המונע ביצוע עבודות פיתוח הקרקע ו/או כל עבודת בניה לקידום תכנית משמר הנגב ב' בשטח התכנית עד למתן החלטה בעתירה ועד לקבלת הכרעה בערר מטעם המבקשים בפני המועצה הארצית לתכנון ובניה, אם תתקבל העתירה. כמו-כן ניתן צו ביניים, המורה (בין השאר למשיבים 2-5 בעתירה זו) להימנע מיצירת התחייבויות ו/או הסכמים להעברת הקרקע נשוא התכנית ו/או השימוש בה לצדדים שלישיים עד להכרעה בעתירה ועד להכרעה בערר אם תתקבל העתירה. צו זה לא כובד והמשיבה 4 המשיכה ל"גייס" מועמדים ליישוב ולהוציא כספים רבים לצורך הליכי מיון, קבלה וגיבוש של מועמדים ליישוב נשוא עתירה זו, כפי שעולה מהתגובה לבקשה לצו ביניים שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק במהלך הדיון בבג"צ 666/04 על ידי המשיבה 4.

העתק תגובת המשיבה 4 לבקשה לצו ביניים בבג"צ 666/04 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה ואח' מצורף ומסומן ע/15

32. ביום 15.4.03 נערך דיון בעתירה ובצו הביניים ובמהלכו התקבלה החלטת כבוד השופט הנדל להגביל את צו הביניים "באופן שלא יחול על עבודות תשתית שיבוצעו באזור התכנית, עפ"י התכנית שבתוקף. הכוונה לעבודות עפר, כבישים, מדרכות, צנרות, מים, ביוב, תקשורת, טלפון, חשמל."

העתק ההחלטה מצורף ומסומן ע/16

33. ביום 11.6.03 קיבל בית המשפט את העתירה ופסק, כי לעותרים תינתן זכות ערר בפני ועדת המשנה לעררים שליד המועצה הארצית לתכנון ובניה.

העתק פסק הדין מצורף ומסומן ע/17

34. ביום 6.7.03 הגישה עו"ד בלהה ברג ערר למשיבה 1 נגד החלטת ועדת המשנה להתנגדויות שליד הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום מיום 13.1.03 (תכנית מתאר 31/305/02/07). לכתב הערר צורפה חוות דעת תכנונית מעודכנת ומורחבת של עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון, המהווה חלק בלתי נפרד מעתירה זו.

**העתק כתב הערר - על נספחיו - מצורף ומסומן ע/ 18**

**העתק חוות הדעת התכנונית של עמותת במקום מצורף כנספח לכתב הערר ומסומן ע/ 19**

35. ביום 15.9.03 התקיים דיון בפני המשיבה 1, אך לא הסתיים בשל התמשכות הטיעונים. בתום הדיון הביעה יושבת ראש הועדה את עמדתה, כי "כאשר מכוח החלטת בית משפט אנחנו מקיימים ערער אז אין לקבוע בשטח באותו זמן עובדות שאינן מאפשרות את קבלתו של הערער". הוסכם שהמשיבות ו/או מי מטעמן יבצעו בשטח התכנית אך ורק עבודות עפר ועבודת תשתית, המתאימות להוראות שתי התכניות. בדיון שהתנהל בערר ביום 15.9.04 לא גילו המשיבים 2 ו-8, שהיו משיבים בערר, את העובדה **שביום שקדם למועד הדיון הנפיקה המשיבה 8 "היתר" בניה להצבת מבנים יבילים בשטח התכנית, בניגוד לסיכום שהושג בפני בית משפט נכבד זה. זאת למרות שהתנהל דיון נוקב בשאלת היעדר החוקיות שבהצבת מבנים כנ"ל ולמרות שיו"ר המשיבה 1 הביעה את עמדתה החד משמעית כי מעת שבית משפט נכבד זה פסק שיש לאפשר לעוררים להגיש ערר למשיבה 1 הרי שתוקפה של התכנית נשוא הערר הושעה ע"י בית המשפט וכי אחרת אין משמעות לערר**. יו"ר המשיבה 1 שבה והזהירה שם כי "חבל אתה מחייב אותם לכת לבית משפט באופן מיותר, זה מה שבית משפט יגיד, אין לי שום ספק, הרי אין משמעות לערער שהוא תלוי ועומד בלי שקובעים עובדות בשטח שאין מאפשרות אפילו תאורתית (כך כמקור, ב.ש.ב.) לקבל את הערער הזה".

העתק החלקים הרלוונטיים של הפרוטוקול צורף וסומן ב' בבקשה לצו הביניים המוגשת במסגרת עתירה זו. העתק עמוד 169 המכיל את הציטוט לעיל מצורף ומסומן ע/ 20

36. לאחר הדיון הראשון בערר נפגשו נציגי העותרים עם יושב ראש המועצה האזורית בני שמעון ועם ה"ה יעקב כץ, מנהל המינהלה לקידום הבדואים (מטעם המשיבה 3), וודו כהן, הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים ויו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום. לישיבות אלה הגיעו נציגי העותרים כדי לשמוע הצעות להתיישבות כפרית-חקלאית עצמאית עבור בני השבט, מלבד ביישוב נשוא התכנית. בישיבות אלה העלו נציגי העותרים חרס בידם, כאשר חזרו והציעו להם האחרונים פתרונות אכלוס בעיר רהט או בעיירה חורה, הצעות שיישומן אינו נראה באופק, והן לא עונות על מינימום הצרכים של בני שבט אל-עוקבי.

37. בעקבות ישיבות אלה ובעקבות חומר, שנמסר למשיבה 1 - מטעם הממונה על המחוז, מנהל המינהלה לקידום הבדואים ויועץ ראש הממשלה לענייני התיישבות - הגישו העותרים ביום 23.12.03 לוועדה תגובה, המשלימה את הטיעונים בערר בשאלת האפליה בתכנון. דיון המשך בערר התקיים ביום 1.1.04, ובו הסתיימו ההליכים בטרם התקבלה החלטת המשיבה 1. בדיון הנוסף בערר גילו העותרים כי התפנה מקומו של ד"ר חנא סוויד, חבר המשיבה 1, שהשתתף בדיון הראשון בערר כנציג השלטון המקומי. נמסר לעותרים שד"ר סוויד נתבקש שלא להשתתף כחבר בישיבה משום שכשירותו לכהן במשיבה 1 פגה כאשר לא העמיד עצמו לבחירה מחדשת בבחירות המוניציפליות, שנערכו בין הדיון הראשון לשני בערר.

העתק תגובת העוררים למשיבה 1 מיום 23.12.03 מצורף ומסומן ע/ 21

38. בבוקר יום שני 19.1.04 הופתעו העותרים לשמוע באמצעי התקשורת, כי הוקם באישון ליל היישוב גבעות בר ביוזמה משותפת של משרד השיכון והסוכנות היהודית. בידיעה ברשת ב' של קול ישראל מחדשות השעה 7 נאמר, כי "הקמת היישוב בחטף נועדה לקבוע עובדות בשטח בניסיון למנוע מהבדואים המתנגדים להקמתו לעתור לבג"צ". לפי המידע שנמסר באמצעי התקשורת "היישוב" החדש נחנך ע"י המשיבים 2-4.

העתק הידיעה צורף כנספח א לבקשה לצו ביניים בעתירה זו.

39. הידיעה היכתה את העותרים וב"כ בתדהמה, כיוון שעד לפרסום הידיעה לא נמסרה לעותרים ו/או לבאת כוחם כל החלטה בערר ולא נודע להם אם הערר התקבל או נדחה.

40. בו ביום פנתה ב"כ העוררים בכתב ובע"פ למשיבה מס' 1 וביקשה לדעת האם ומתי התקבלה החלטה לדחות את הערר וכן ביקשה להמציא לידיה עותק של החלטה, אך לא התקבלה כל תשובה. גם פנייה למשרד יו"ר המשיבה 1 טלפונית ובאמצעות הפקס לא הניבו תוצאות.

העתק המכתב ששוגר למשיבה 1 ביום 19.1.04 (שבשל טעות סופר התאריך המופיע עליו הוא מיום 20 בנובמבר, 2003) והעתק האישור על קבלת הפקס מצורף ומסומן ע/ 22

41. בסביבות השעה 20:11 התראיין המשיב 2 ברשת ב' של קול ישראל ומסר, שהקמת היישוב בוצעה לאחר שיום קודם לכן (18.1.04) נדחה הערר של אל-עוקבי, ולאחר שהטיעונים שלהם נדחו בוועדות התכנון ובכל אינסטנציה משפטית. כמו-כן מסר המשיב

2שהוא זה שנתן את ההוראה להציב את המבנים בשטח התכנית ו"לקבוע עובדות בשטח" בלילה שבין ה- 18 ל- 19 בינואר 2004.

העתק מתמליל הראיון עם השר איתם מצורף ומסומן ע/ 23

42. במסגרת התגובה לצו הביניים בעתירה לבג"צ, הודיעה המשיבה 4 כי הערר נדחה ביום 18.1.2004 בשעה 22:00, וכי הודעה בדבר דחיית הערר נמסרה לה מייד לאחר מכן ע"י על ידי המשיבה 6, שלא היתה צד בערר ולא ברור כיצד קיבלה מידע בדבר דחיית הערר בארם הגיע המידע לידי העותרים.

43. בעקבות דבריו של השר איתם פנתה הגב' אביטל שרון, ממשרדה של הח"מ, שוב אל משרדי המשיבה 1 וביקשה לברר האם התקבלה החלטה בערר וביקשה לקבל לידיה את ההחלטה. פקידה בשם תמי אמרה שככל הידוע לה לא הופצה אתמול אף החלטה בערר מטעם המועצה הארצית לתכנון ובניה, וכי מכל מקום מרכז ועדת המשנה לעררים נמצאת בחופשה ואין עם מי לברר. לבסוף ביקשה שנפנה אליה באמצעות הפקס והבטיחה לנסות לאתר את ההחלטה, אם התקבלה החלטה כנ"ל, וכך עשינו.

העתק מכתבנו מיום 19.1.04 אל גב' תמי מטעם המשיבה 1 (וגם כאן חלה טעות סופר בתאריך המכתב) מצורף ומסומן ע/ 24

44. רק בשעות אחה"צ של יום 19.1.04 עלה בידי העותרים לקבל עותק מהחלטת המשיבה 1, הדוחה את עררם.

העתק ההחלטה בערר מצורף ומסומן ע/ 25

45. כך נודע לעותרים שנדחה הערר נגד החלטת ועדת המשנה להתנגדויות שליד הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז הדרום.

46. ככל שידוע למשיבים הוצבו באתר כחמישה עשר מבנים יבילים בלילה שבין 18 ל-19 בינואר 2004. רק ביום 28.1.04 הוכנס ריהוט מינימלי לשניים מהמבנים, ומיד לאחר מכן עברו שתי המשפחות הראשונות להתגורר במבנים אלה. ביום 28.3.2004, שלושה ימים לפני הדיון שהתקיים בעתירה לבג"צ (שיפורט להלן), הוצבו במקום כעשרה מבנים יבילים נוספים, רובם ללא גג. בשטח התכנית מוצבים היום כעשרים וחמישה מבנים יבילים. בימים אלה החלו עבודות להתקנת גגות רעפים למבנים אלה. **בין לבין אוכלסו**

חלק מן המבנים היבילים, ונכון למועד הגשת בקשה זו, ככל הידוע לעותרים, מאוכלסים שלושה עשר מהם. כמו כן, בימים אלה מותקן במקום צינור מי שתייה זמני.

47. ביום 21.1.04 הגישו העותרים עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, בה התבקש בג"צ ליתן צו על-תנאי, המורה למשיבים לנמק מדוע לא תבוטל החלטת המשיבה 1 מיום 18.1.04, הדוחה את ערר העותרים נגד החלטתה של ועדת המשנה להתנגדויות שליד הועדה המחוזית לתכנון ובנייה במחוז הדרום מיום 09/01/2003 בעניין התכנית; מדוע לא תיתן הוראות על השלמת הפרטים הטכניים החסרים, כדי להביא לאישורה המידי של התכנית במתכונת שאושרה ביום 05/03/2000; ומדוע לא תקבל את ערר העותרים ותקבע, שהישוב שיוקם על פי תכנית 31/305/02/7 ייועד להתיישבות קבע בדואית עבור בני שבט אל-עוקבי, וכי תהליך הקמתו יחל בהקדם האפשרי. כמו כן נתבקש בג"צ ליתן צו על-תנאי המורה למשיב 2 לנמק מדוע לא ייעד את התכנית, שאושרה עבור בני שבט אל-עוקבי (בג"צ 666/04 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' המועצה המקומית לתכנון ובניה - ועדת המשנה לעררים, להלן, העתירה לבג"צ).

48. במסגרת אותה עתירה, התבקש בג"צ ליתן צו ביניים המורה למשיבים 2-5 להפסיק לאלתר את עבודות פיתוח הקרקע, הנעשות בשטח המיועד לתוכנית המיתאר; להימנע מסלילת כבישים ו/או דרכי גישה אל ובתוך היישוב; להימנע מהצבת מבנים יבילים (קרוואנים) בשטח התכנית; להימנע מחיבור המבנים היבילים הקיימים לתשתיות, להימנע מהכנסת ריהוט ו/או כל חפץ אחר לצרכי מגורים; ולפנות לאלתר את המבנים היבילים וכל מבנה אחר ו/או כלי עבודה ו/או כל אמצעי תעבורה המשמש להובלה, הנמצאים כעת בשטח התכנית. כבוד השופטת חיות ביקשה את תגובת המשיבים לבקשה לצו ביניים. בתשובתה של המשיבה 4 לבקשה לצו ביניים מיום 29.1.04 ציינה המשיבה 4 כי חלק מהמשפחות החלו להתגורר במבנים. ביום 4.2.04, לאחר תגובתם המקדמית של המשיבים, החליטה כב' השופטת חיות להימנע מליתן צו ביניים ולהעביר את הדיון בעתירה להרכב שלושה.

49. ביום 31.3.04 נערך דיון בבית המשפט הגבה לצדק בעתירה בפני כבוד השופטים מצא, חשין ופרוקצ'יה. בהמלצת בית המשפט הנכבד החליטו העותרים למחוק את עתירתם ולהגיש עתירה מינהלית לבית משפט נכבד זה. החלטת בג"צ בעניין לא פורסמה עד למועד הגשת עתירה זו. יצוין כי בית המשפט הגבוה לצדק נמנע מלדון בעתירה כערכאה ראשונה בשל קיומו של סעד חלופי, המצוי בסמכותו של בית משפט נכבד זה.

## הנימוקים לדחיית הערר:

50. בהחלטה לדחות את הערר קבעה המשיבה 1, כי נחה דעתה שלא נגרם עיוות דין לעותרים בכך שהתכנית לא הופקדה מחדש לאחר שהוסבה מתכנית ליישוב בדואי עבור שבט התראבין ליישוב ביוזמת משרד הבינוי והשיכון, וכי גם אם היה מקום לנקוט בהליך לפי סעיף 106(ב) לחוק התכנון והבניה, הרי שאין לפסול את ההליך כיוון שלא נגרם לעותרים עוול בעטיו של הפגם.

51. בהחלטה בערר מסכימה המשיבה 1 כי גם לה הסמכות לקבוע את מיקומם, גודלם וסוגם של יישובים, אולם קובעת שקביעות אלה נמצאות גם בסמכות הממשלה מתוקף חוק יסוד: הממשלה. המשיבה 1 מסכימה, שמוטלת חובה על נציגי הממשלה להפעיל שיקול דעת עצמאי במוסדות התכנון, ואף קובעת, כי ככל שהסמכות אותה מפעיל מוסד התכנון באותו הליך היא יותר מעין שיפוטית באופייה, כך גובר משקלה של החובה להפעיל את שקול הדעת בפתיחות, לאור טיבעו השיפוטי של ההליך, במיוחד כאשר המדובר בהליך התנגדות ומקל וחומר בהליך של ערר. מוסדות התכנון מוסמכים שלא לאשר הקמתו של יישוב בניגוד להחלטת הממשלה ומוסדות התכנון מוסמכים לאשר הקמתו ללא שניתנה החלטת ממשלה בנדון. למרות זאת נקבע, שוועדת המשנה להתנגדויות שליד הוועדה המחוזית לתכנון ובניה במחוז הדרום לא התפרקה משיקול דעתה. לדידה, בהיעדר החלטה מצד המשיבה 5 להקצות קרקע ציבורית להקמת יישוב עצמאי לעותרים ובהיעדר נכונות מצד הממשלה להקצות את המשאבים הדרושים להקמתו ולפיתוחו של היישוב לא ראו מוסדות התכנון טעם בהחלטה על הקמת היישוב עבור בני שבט אל-עוקבי.

52. המשיבה 1 קיבלה את טענות העותרים בדבר האפליה והקיפוח רב השנים שנגרם להם, ובדבר החובה לשקוד על פתרון מצוקת העותרים, ובדואים אחרים במעמדם, תוך מתן משקל כבד לצרכי האוכלוסייה הבדואית בכלל ובני שבט אל-עוקבי בפרט. למרות זאת נדחה הערר בטענה, שיש לשקול את שיקולי הקיפוח והאפליה בראיה הכוללת, הן של המדינה כולה והן של מחוז הדרום ואזור באר שבע בפרט. על-כן נקבע, שאין לוועדה הסמכות והיכולת לשקול במסגרת הערר האם צרכיו של שבט אל-עוקבי עולים על אלה של שבטים אחרים, אשר טרם נמצאו להם פתרונות של קבע. לפיכך החליטה המשיבה 1 לאשר את שינוי יעוד האוכלוסייה מהתיישבות בדואית להתיישבות יהודית.

## הטיעון המשפטי

53. בתמצית יטענו העותרים, כי החלטת המשיבה 1 לדחות את הערר נגד החלטת ועדת המשנה להתנגדויות של הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז הדרום נגועה באפליה, בחוסר סבירות קיצוני, ובהתעלמות משיקולים תכנוניים. החלטה זו פגומה גם משום התפרקותם האסורה של מוסדות התכנון משיקול דעתם העצמאי, ומשום התעלמותם משיקולים תכנוניים. כמו כן נפלו בהחלטה פגמים דיוניים רבים, ופגמים שנוגעים להליך התכנוני, שיש בהם כשלעצמם כדי לבטל את ההחלטה.

### עצמאות שיקול הדעת של מוסדות התכנון

54. ההסבר המרכזי לדחיית התנגדות העותרים בפני ועדת המשנה להתנגדויות, שליד הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום היה בכך שלוועדה אין סמכות להתערב בהחלטת הממשלה מתאריך ה' 21/7/02, טענה זו בטעות יסודה. הוועדה המחוזית לתכנון ובניה הנה רשות מוסמכת והאסמכתא החוקית לפעולתה של הוועדה בדונה בהתנגדות לתוכנית המתאר מצויה בסעיף 105 לחוק. סעיף זה מעניק סמכות לוועדה המחוזית להכריע בעניינים כגון דא בעת הדיונים בהתנגדויות. שינוי התוכנית המקורית, הינה פעולה הנמצאת בסמכותה. התפרקות מסמכות זו הנה שלא כדין כפי שנקבע בבג"צ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, שר האספקה והקיצוב, פ"ד ד' 324, 323, 319.

55. תשובות הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום, וועדת המשנה להתנגדויות שליד הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום הן בדחיית ההתנגדות שהוגשה על ידי העותרים והן בדחיית בקשת רשות הערר, מצביעה על אי הפעלת שיקול דעת עצמאי מצד הרשות המוסמכת על פי דין, ור' בג"ץ 6673/01 - התנועה למען איכות השלטון נ' שר התחבורה. פ"ד נו(1), 799 בעמ' 809-808.

56. לעומת זאת, קיבלה המשיבה מס' 1 בהחלטתה בערר את עמדת העותרים, ולפיה גם למועצה הארצית לתכנון ובניה הסמכות לקבל החלטות על הקמת יישובים, ובכלל זה הסמכות לקבוע מיקומם, גודלם וסוגם של יישובים חדשים, לפי סעיף 49(7) לחוק התכנון והבניה. כמו-כן, הסכימה המשיבה 1 עם עמדת העותרים, ולפיה גם לאחר שקיבלה הממשלה החלטה על הקמת יישוב, מוסדות התכנון, ובכללם המשיבה 1, אינם כבולים בהחלטת הממשלה והם מוסמכים גם שלא לאשר את עצם הקמתו של היישוב, מיקומו ואוכלוסיית היעד שלו ובלשונה:



"ברמה העקרונית, גם משהחליטה הממשלה על הקמת יישוב, רשאים מוסדות התכנון לשקול את עצם הכנתה ואישור התכנית המעגנת אותה, וגם במצב ההפוך, משלא החליטה הממשלה על הקמת יישוב, עדיין רשאים מוסדות התכנון לשקול את הקמתו"

57. בתקופה האחרונה התקבלו לא מעט החלטות המיישמות הלכה למעשה את התפיסה "העקרונית" בדבר עצמאות שיקול הדעת של מוסדות התכנון. כך למשל, סירבו מוסדות התכנון, ובכללם המשיבה 1, לאשר הקמת היישובים "גבעת אבימור" ו"קדמת כנרת" בניגוד להחלטת הממשלה. פרסומים אלה מדגישים כי בניגוד למדיניות הממשלה, מוסדות התכנון אינם מאשרים הקמת יישובים חדשים ומעדיפים להרחיב יישובים קיימים. בכתבה נמסר שמוסדות התכנון נכנעים להחלטות הממשלה בדבר הקמת יישובים חדשים רק כאשר מדובר ביישובים הסמוכים לקו התפר או ליישובים ערבים או בדואים, כדוגמת היישוב נשוא עתירה זו, למרות שאין כל הצדקה תכנונית לאבחנה זו.

העתק כתבה מעיתון הארץ מיום 6.2.04 (המהדורה האלקטרונית) וכותרתה "ועדות התכנון לא מאשרות יישובים חדשים שמקדם שרון". מצורפת ומסונת ע/ 26.

58. אין מחלוקת בין הצדדים, כי מסמכותם ומחובתם של מוסדות התכנון לפעול לתיקון למעלה מ-50 שנות עוול, קיפוח ואפליה ולפעול באופן אקטיבי לאספקת פתרון למצוקת הדיור של בני שבט אל-עוקבי. הגשת ההתנגדות לוועדה המחוזית לתכנון ובניה ולאחר מכן הגשת הערר למשיבה 1 בידי העותרים סיפקה להן הזדמנות פז להפעיל את שיקול דעתן העצמאי כמתחייב מכל דין ולהורות על קבלת ההתנגדות והערר בהתאמה, כדי לתקן את אותו עוול, שנגרם לעותרים, נציגי שבט אלעוקבי, ממחדלם של מוסדות התכנון.

59. מעצם הסמכות של מוסדות התכנון לאשר או לדחות החלטת ממשלה בדבר מיקומו של יישוב, סוגו, אוכלוסייתו ואף עצם הצורך בהקמתו נגזרת גם הסמכות לבחון את סבירות שיקול דעתה של הממשלה בהחלטה על הקמת יישוב. זו סמכותם ואף חובתם של מוסדות התכנון המחוזיים והארציים, ושל המשיבה 1 בכללם, בהיותה גוף מינהלי, המחויב לקבל את החלטותיו בהתאם לשיקולים תכנוניים ולשיקולים, הנובעים ממערכי היסוד של השיטה, ובראשם החובה שלא לנקוט באפליה ולשקול את צרכי כלל האוכלוסייה של מדינת ישראל.

60. המשיבה 1 אף הסכימה עם גישת העותרים, ולפיה מחובתם של נציגי השרים במוסדות התכנון, וביתר שאת במשיבה 1 בהיותה גוף מעין שיפוטי באופיו, שלא לכבול את שיקול

דעתם להחלטות השר או הממשלה. המשיבה 1 בהחלטתה קבעה, ש"ככל שהסמכות אותה מפעיל מוסד התכנון באותו הליך היא יותר מעין שיפוטית באופייה, כך גובר משקלה של החובה להפעיל את שקול הדעת בפתיחות, לאור טיבו השיפוטי של ההליך... (ר' בג"ץ 701/81 מלאך ואח' נ' הועדה המחוזית ירושלים, פד"י לו(3)1). ראו גם ע"ם 3286/02 ועדת ערר לעניין קרקע חקלאית ושטחים פתוחים ואח' נ' חברת דור אנרגיה (1988) בע"מ (טרם פורסם).

61. למרות זאת, ביישום קביעות עקרוניות אלה בעררם של העותרים שבה המשיבה 1 והתפרקה משיקול דעתה העצמאי עת בחרה לתת את המשקל המכריע להחלטת הממשלה להקים יישוב קהילתי יהודי בשטח התכנית בלי שנתנה לכך כל הצדקה תכנונית. זאת בניגוד לעמדתה בדבר קיומם של שיקולים כבדי משקל של צרכים ומצוקות הבדואים באזור, ובכללם צרכי העותרים ובני שבט אל-עוקבי.

62. גישה, המאשרת מחד גיסא את סמכותם וחובתם של מוסדות התכנון, והמשיבה 1 בכללם, לקבל החלטה בדבר הקמתו של יישוב משיקולים תכנוניים ומאידך גיסא מתנה בפועל את השימוש בסמכות זו מראש ובלי לבדוק זאת בהסכמת הממשלה למהלך זה מרוקנת מתוכן את אותה סמכות, והופכת את מוסדות התכנון לחותמת גומי בידי הממשלה. חמור מזאת, ההימנעות מלהשתמש בסמכות מוסדות התכנון והמשיבה 1 בכללם להתנגד להקמתו של יישוב, שהממשלה אישרה את הקמתו בלי ששקלה ו/או בלי שנתנה את המשקל הראוי לשיקולים תכנוניים שוויוניים של צרכי כלל האוכלוסייה במדינה, משמעותה אישור מדיניות, שמרחיבה פערים ופוגעת בשוויון בהקצאת משאבים ובמיוחד משאבי קרקע בין תושבי המדינה.

63. ההחלטה לתת משקל מכריע להחלטת הממשלה בדבר הקצאת משאבים משמעה, שהחלטתה מהווה תנאי שבלעדיו לא יקום יישוב. אם לא ישתמשו מוסדות התכנון, ובכללם המשיבה 1, בסמכותם לאשר או למצער להמליץ על אישור, הקמתו של יישוב, שהקמתו נחוצה מקצועית ותכנונית למתן פתרונות למצוקתה של אוכלוסייה זו או אחרת, משום שלהערכתם לא תסכים הממשלה להקצות את המשאבים הדרושים להקמתו ולפיתוחו של היישוב, יש בה משום התפרקות פסולה מסמכות. תוצאתה של ההתפרקות משיקול הדעת העצמאי היא אותם עשרות אלפי אזרחים ערבים בדואים, החיים בתנאים מחפירים, ללא תשתיות בסיסיות וללא הכרה.

64. מסקנה זו חמורה שבעתיים כאשר מוסדות התכנון נסמכים לכאורה על החלטה מפלה של הממשלה, ולפיה תותנה הקצאת משאבים להקמתו ופיתוחו של היישוב, בין השאר באמצעות המשיבים 2 ו-3, בכך שהיישוב לא יאוכלס אלא על ידי אוכלוסיית הרוב של

המדינה - זאת תוך אפלייתה לרעה של האוכלוסייה המקופחת ביותר במימוש זכותה לדיוור מוסדר מבחינה תכנונית - היא האוכלוסייה הערבית הבדואית בנגב, שהעותרים נמנים עמה. כל זאת, כאשר ידוע למוסדות התכנון כי אפלייתם לרעה של בני שבט אל-עוקבי ושל האוכלוסייה הבדואית בנגב בהענקת פתרונות דיוור מגוונים ומותאמים לאורח חייהם זועקת לשמים.

65. חשוב לציין, שבשום שלב של ההליך לא הובא לידיעת העותרים, שהממשלה ו/או המשיבים 2 ו-3 מסרבים להקצות משאבים להקמתו של יישוב לא יהודי בשטח נשוא התכנית. מכל מקום, אם בידי המשיבה 1 מידע על החלטה כאמור הרי שחובה עליה שלא לאמץ אותה ולהפעיל שיקול דעת עצמאי כמתחייב מהיותה גוף מעין שיפוטי. החלטה כזאת, אם היא בנמצא, הרי היא החלטה פגומה ובטלה מעיקרה, ואסור למוסדות התכנון לאשר אותה. משבחרה המשיבה 1 לאשר החלטה כנ"ל הרי שהיא התפרקה משיקול דעתה העצמאי ואימצה החלטה הנגועה באפליה, בניגוד לחוק כפי שיפורט להלן.

66. מכל מקום, על יסוד ההיגיון שהנחה את המשיבה הרי שהיה עליה, למצער, שלא לאשר את הקמתו של היישוב כיישוב יהודי, למרות החלטת הממשלה.

### שוויון, העדפה מתקנת וצדק חלוקתי

67. הזכות לשוויון היא עקרון יסודי בשיטת המשפט של מדינת ישראל. זכות זו כוללת גם את החובה לנהוג בהעדפה מתקנת על מנת להגיע לתוצאות שוויוניות. חובה זו תקפה בחלוקת משאבי קרקע. כמו-כן, בכל החלטה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים יש לתת משקל ראוי לשיקולי צדק חלוקתי, כאשר המטרה היא למנוע הפליה ולשמור על חלוקה הוגנת, צודקת ושוויונית של המשאב. (בג"צ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מנהל מקרקעי ישראל דינים עליון כרך סב 490, ס' 38).

68. הזכות לשוויון אינה נורמה ריקה. היא מהווה אמת מידה מוסרית, שיש היגיון מעשי רב בבסיסה. הפרת עקרון השוויון פוגמת בתחושת השייכות החברתית של הקבוצה המופלה, היא משפילה ויוצרת תחושת תסכול, ורגשות אלו מהווים גורם הרסני, הפוגם בכוחות המאחדים את החברה (בג"צ 953/87 פּוּרָז נ' ראש עריית תל אביב - יפו, פ"ד מב(2) 309, 332; בג"צ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204-203).

69. המשיבה 1 מסכימה בהחלטתה, כי בהפעלת שיקול דעת ככלל ובהקצאת מקרקעין בפרט חובה על המדינה ו/או על אורגן מטעמה להפעיל את סמכותה בהתאם לעקרון השוויון

(בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל נד(1) 265, ס' 23). ואולם המשיבה - כמו גם יתר המשיבים - הפרו בהחלטתם חובה זו.

70. אין עוררין, שאיכות חייהם של בני שבט אל-עוקבי ירודה; המחסור בתשתית פיסית, כלכלית וקהילתית מגיעים כדי פגיעה ברמת חיים בסיסית, שאינה עולה קנה אחד עם אופיה של ישראל כמדינה דמוקרטית, המכבדת את כבוד האדם. המשיבה 1 בהחלטתה מסכימה, כי תנאי המגורים של בני שבט אל-עוקבי הם מהקשים במדינה, וקובעת שחובה לסגור את הפערים בין אוכלוסייה זו לבין כלל אוכלוסיית מדינת ישראל.

71. שיקולים של שוויון וצדק חלוקתי מחייבים להשאיר את הישוב נשוא התכנית כיישוב המיועד לאוכלוסייה הבדואית, ולא להפכו ליישוב קהילתי, המיועד לאוכלוסייה יהודית.

72. במצב שבו לאוכלוסייה אחת - האוכלוסייה היהודית - ישנם פתרונות דיור למכביר בנגב, וההיצע של מגרשים ביישובים קהילתיים עולה על הביקוש להם, ואילו לאוכלוסייה אחרת - האוכלוסייה הערבית הבדואית - קיים מחסור משווע בפתרונות דיור בכלל ובמגורים במסגרת כפרית מוסדרת בפרט - הרי שאין מקום להקים יישובים חדשים לאוכלוסייה היהודית בנגב כל עוד לא ניתנו פתרונות תכנוניים זמינים לאוכלוסייה הערבית הבדואית, המתחשבים בצרכיה וברצונותיה. החלטה המוסיפה לאלה שיש להם במקום לתת לאלה שאין להם - לוקה באפליה ומפרה באופן בוטה וקיצוני את ערך הצדק החלוקתי.

73. המשיבה 1 בהחלטתה בערר הכירה באפלייתם לרעה של העותרים נציגי שבט אל-עוקבי ובחובה לשים קץ לאפליה זו. למרות זאת, בהחלטתה לדחות את הערר העדיפה המשיבה 1 אוכלוסייה יהודית אקראית (המונה כ-15 משפחות) על פני שבט אל-עוקבי. המשיבה 1 העדיפה "להעניק" את היישוב לקבוצה של כ-15 משפחות יהודיות - שהם נציגיו המובהקים של הרוב במדינה - והיכולות לבחור להתגורר בלמעלה ממאה יישובים קהילתיים, כפריים וחקלאיים יהודיים במטרופולין באר שבע, שבכל אחד מהם מלאי עודף של יחידות דיור על פני הקצאת היישוב לבני שבט אל-עוקבי, שנאלצים לחיות בתנאים מחפירים, באשמת המשיבים ובשל מדיניותם ומחדליהם. החלטה זו בנסיבות שנוצרו, במערכת התכנונית הקיימת ובמצוקת המגורים של העותרים, מהווה אפליה פסולה.

74. החלטה המותירה צד אחד, הזקוק למשאב כאוויר לנשימה, ללא שום נתח מהמשאב ובתנאי חיים מחפירים, אינה משקפת את אמת המידה, שמציבים שיקולי הצדק המתקן.

על כן, דין ההחלטות להיפסל בשל חוסר סבירות (בג"צ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מנהל מקרקעי ישראל, דינים עליון כרך סב 490, ס' 38).

75. בהחלטתה לאשר את שינוי התכנית באופן שהופך את היישוב מיישוב, המיועד לאוכלוסייה הבדואית, ליישוב, המיועד לאוכלוסייה היהודית, התעלמה המשיבה 1 מהממצאים, שלא נסתרו ע"י המשיבים בשום שלב של הערר, בדבר עודף ההיצע של יחידות דיור מתוכננות עבור האוכלוסייה היהודית, וכן התעלמה מממצאים, שסופקו על ידי מנהל הועדה המחוזית לתכנון ובניה, המשיבה בערר נשוא עתירה זו, בדבר המחסור בפתרונות דיור הולמים לכמחצית האוכלוסייה הבדואית המתגוררת בכפרים הלא מוכרים בנגב, ובני שבט אל-עוקבי בכללם.

76. בהתבסס על כל אחד מהטעמים לעיל היה על המשיבה 1 לקבל את הערר. אי קבלת הערר למרות ההכרה בחובה לתת משקל כבד לשיקולים של צרכי האוכלוסייה, שוויון, צדק חלוקתי והעדפה המתקנת, הביאה לתוצאה, הפוגעת קשות בעקרונות העל של שיטתנו המשפטית. כתוצאה מדחיית הערר ע"י המשיבה 1 נזנחו צרכיהם ומצוקתם של כ-130 משפחות מקרב בני שבט אל-עוקבי, המשוועות לפתרונות מגורים ותעסוקה המתאימים לצרכיהם ורצונותיהם.

77. המשיבה 1 דחתה את הערר, בקביעה שמוסדות התכנון חייבים לשקול את צרכי האוכלוסייה בין שיקוליהם, וכי לאור המצוקה והפער רב השנים ברור שיש לתת לשיקול זה משקל נכבד, אולם שיקול זה יש לשקול בראיה הכוללת הן של המדינה כולה והן של מחוז הדרום בכלל ואזור באר שבע בפרט. לבסוף קבעה שאין למשיבה 1 "היכולת לשקול במסגרת ערר זה האם צרכיו של שבט אל-עוקבי עולים על אלה של שבטים אחרים." על כן קובעת, שפתרון המצוקה של שבט אל-עוקבי יכול שיבוא על פתרונו שלא באתר מסוים זה, וכי "איזון הצרכים ויתר השקולים צריך להיעשות במסגרת התכנית המחוזית החלקית." כמו-כן, החליטה המשיבה 1 כי כל עוד לא אושרו תכניות, המעגנות פתרונות לאוכלוסייה הבדואית, אין פסול בשינוי ייעוד השטח נשוא התכנית והפיכתו ליישוב קהילתי עבור האוכלוסייה היהודית; קרי בהחלטתה מנציחה המשיבה 1 את האפליה ונמנעת מלהשתמש בסמכותה לתקן ולו במעט את העיוות התכנוני, שנוצר במשך עשרות שנים, בין השאר באחריותם של מוסדות התכנון ודוחה תיקון עוול זה ליעד לא ידוע ולא נראה באופן. לעומת זאת, המשיבה 1 לא קובעת שגם צרכי האוכלוסייה היהודית במטרופולין צריכים להיות מוכרעים בתכנית המחוזית החלקית במטרופולין באר שבע, בראיה כוללת של כלל אוכלוסיית המחוז, ולא מפרשת את הטעם לטיפול השונה והמפלה בשתי האוכלוסיות.

78. לגופו של עניין, השאלה שעמדה על הפרק בערר בפני המשיבה 1 דרשה הכרעה בין זכותם של בני שבט אל-עוקבי ליישוב עצמאי משלהם בשטח התכנית לעומת זכותה של קבוצה אקראית מצומצמת של מתיישבים יהודים, המבקשים להתיישב בגבעות בר. העותרים פנו בשם שבט אל-עוקבי, וביקשו להתיישב ביישוב, על סמך תכנית שכמעט אושרה עבור שבט תראבין אלסאנע, שבניו ובנותיו נמצאים במצבם של העותרים. בערר בפני המשיבה 1 הובאו נתונים בדבר זיקתם של בני שבט אל-עוקבי לשטח התכנית, נתונים שלא הוכחו על ידי אף אחד מן המשיבים בערר. מספר המשפחות מקרב בני שבט אל-עוקבי, המבקשות להתיישב ביישוב נשוא עתירה זו, מתאים לתכנון המקורי, שהיה מיועד עבור שבט תראבין אלסאנע, וכך גם עיסוקיהם של בני ובנות שני השבטים.

79. חשוב להדגיש, שעתירה זו מוגשת בשםם של בני שבט אל-עוקבי, המבקשים שתיועד להם אותה תכנית, שאושרה בעבר על ידי מוסדות התכנון עבור אוכלוסייה בדואית. בדואים אחרים לא ביקשו להתיישב ביישוב הזה ולא ניהלו מגעים ארוכים וממושכים עם נציגי השלטון להתיישב ביישוב. גם המשיבה 1 בהחלטתה בערר לא התכחשה לזיקת שבט אל-עוקבי לשטח נשוא תכנית זו. למותר לציין כי הרוב המכריע של האוכלוסייה הערבית הבדואית בנגב עודנו מתגורר בכפרים בלתי מוכרים, על אדמות שהם תובעים את בעלותן, והם אינם מעוניינים לעקור ממקומות מגוריהם. החלטות הממשלה להקים 7 יישובים נוספים לבדואים בנגב אף הן נותנות מענה נקודתי ומהוות ברוב המקרים הכרה ביישובים קיימים. זאת להבדיל משבט אל-עוקבי ושבט תראבין אל-סאנע, שהועברו מאדמותיהם בשנות החמישים, ושטרם נמצא להם פתרון מגורים מוסדר במקום אחר. ומידע על כך נמסר במהלך הדיונים בערר, בין השאר על ידי מר דודו כהן, הממונה על מחוז דרום במשרד הפנים ויו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום. חשוב להדגיש כי בני שבט אל-עוקבי הועברו מאדמותיהם בשטח התכנית או בסמוך לכך בהוראת הצבא, תוך התחייבות שלטונית שיוכלו לחזור לאדמותיהם בתום שישה חודשים, עת יסתיימו האימונים הצבאיים, וטרם נמצאו להם פתרונות תכנוניים מתאימים.

80. התוצאה אליה הגיעה המשיבה מס' 1 היא אבסורדית! מחד גיסא היא מסכימה, שבני אל-עוקבי מקופחים ומופלים לרעה, וכמוהם גם אחרים מקרב האוכלוסייה הבדואית, אך מאידך גיסא התוצאה שהיא מגיעה אליה היא לייעד את היישוב לאוכלוסייה היהודית, כשלא הוכח כל צורך תכנוני בדבר, ולשלוח את העותרים לעוד שנים ארוכות של בחינת פתרונות מגורים עבורם במסגרת תיקון 23 לתמ"מ 4/14 (תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע). במקביל נמנעת המשיבה 1 מלהפנות את הגרעין הקטן של מתיישבים יהודים, המבקשים להתיישב ביישוב, אל מתכנני תכנית המתאר המחוזית החלקית על מנת שישקלו האם הצורך שלהם ביישוב גובר על צרכי

העותרים ובני שבט אל-עוקבי. התוצאה היא, שרצונותיהם של מתיישבים יהודים אקראיים להתיישב ביישוב קהילתי עצמאי מתקבלים בברכה, וכל הרשויות הנוגעות בדבר עושות כל שלא ידן לעשות כדי לאפשר להם להתיישב לפי רצונותיהם, גם כאשר יש מענה לרצונותיהם בלמעלה ממאה יישובים דומים במטרופולין באר שבע, ואילו בני שבט אל-עוקבי, שהוכיחו מצוקת דיור קשה מנשוא, נשלחים לחפש פתרונות במסגרת תכנית מתאר מחוזית, שטרם הופקדה לאישור, באופן המאריך את סבלם ואת קיפוחם עוד שנים רבות נוספות.

81. ההסבר היחיד שמספקת המשיבה מס' 1 לאבסורד זה הוא רצונה להימנע מאפליה בין בני שבט אל-עוקבי לבין בדואים אחרים במעמדם ולהבטיח שצרכי העותרים יישקלו בראיה כוללת. זה הבסיס לתוצאה, המנציחה את קיפוח העותרים לעומת האוכלוסייה היהודית. גם אם יש ממש בעמדה זו, הרי שהמסקנה המתבקשת ממנה היא לאשר את היישוב כיישוב בדואי ולהחזיר את התכנית לועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז דרום על מנת שזו תבחר מי תהיה האוכלוסייה הבדואית שתאכלס את היישוב.

82. מכל מקום, ראייה תכנונית כוללת הייתה מחייבת לשקול את צרכי כלל האוכלוסייה במחוז, יהודים כערבים, ולייעד את היישוב נשוא התכנית לאוכלוסייה הנזקקת לו ביותר. תוצאת דחיית הערר מהווה המשך של מחדלם ארוך השנים של מוסדות התכנון, ובכללם המשיבה 1, לתקן את המעוות ולסגור פערים בתחום התכנון בין האוכלוסייה הערבית לאוכלוסייה היהודית בנגב.

83. אפליית העותרים לרעה ביחס לאותו גרעין מתיישבים יהודי שהמשיבה מס' 1 אישרה את שינוי היישוב נשוא התכנית לטובתם, הינה אפליה בשל לאום, במתן אפשרות לממש את הזכות לדיור ובהקצאת משאבי קרקע, ואינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

### **חוסר סבירות**

84. החלטת המשיבה 1 לוקה בחוסר סבירות קיצוני משום שלא איזנה כראוי בין השיקולים והאינטרסים השונים עת נתנה משקל מכריע להחלטת הממשלה להקים יישוב קהילתי (יהודי) בשטח התכנית על חשבון שיקולים כבדי משקל, תכנוניים, מנהליים וציבוריים כגון: החובה לשקול את צרכי האוכלוסייה, מצוקת הדיור הקשה של העותרים, החובה לתת משקל כבד לשיקולים של שיוויון, צדק חלוקתי והעדפה מתקנת. חוסר הסבירות מקבל משנה תוקף כאשר המשיבה 1 נתנה את המשקל המכריע בהחלטתה בערר לשיקולים של ממשלת ישראל, שגם הם נגועים באפליה פסולה, וחוסר סבירות קיצוני.

85. קשה מאוד להסביר את הפער שבין הרטוריקה של החלטת המשיבה מס' 1, המקבלת את טענות העותרים - בכל הקשור לקיפוחם במשך למעלה מ-50 שנה, אפלייתם לרעה ביחס לאוכלוסייה היהודית בכל הקשור להקצאת משאבי קרקע ותכנון יישובים, וזיקתם של העותרים לשטח נשוא התכנית - לבין תוצאת הערר. התוצאה המתחייבת מקבלת הטיעון המהותי של העותרים בדבר החובה לתת את המשקל הכבד לשיקולים של צרכי האוכלוסייה, שוויון וצדק חלוקתי הייתה מחייבת לכל הפחות לקבל את הסעדים 1 ו-2 בכתב הערר, קרי "לבטל את החלטתה של ועדת המשנה להתנגדויות שליד הוועדת המחוזית לתכנון ובנייה במחוז הדרום מיום 09/01/2003 בעניין תכנית 31/305/02/7"; ו"להמליץ בפני הרשויות המתאימות על כך שהיישוב שיוקם על פי תכנית 31/305/02/7 ייועד להתיישבות קבע בדואית."

86. התוצאה המתבקשת מהחלטה, המקבלת את הטענה העקרונית בדבר אפלייה וקיפוח לאורך למעלה של 50 שנים של האוכלוסייה הבדואית בנגב, ובכלל זה קיפוחם של בני שבט אל-עוקבי, ביחס לאוכלוסייה היהודית לא היתה מובילה לאישור שינוי ייעוד האוכלוסייה של הישוב נשוא התכנית מאוכלוסייה בדואית לאוכלוסייה יהודית אלא אם נתקבלה ההחלטה על סמך שיקולים זרים ובחוסר סבירות קיצוני.

87. יתרה מזאת, הערר נגד אישור שינוי התוכנית הוגש ע"י העותרים, בני שבט אל-עוקבי הסובלים ממצוקת דיור ותעסוקה קשות, ולא ע"י האוכלוסייה הבדואית כולה. לא יתכן כי פגיעה בזכות הדיור של העותרים תנומק בכך, שגם זכותם של אזרחים אחרים בני דתם ולאומם של העותרים נפגעת כתוצאה מאפלייתם לרעה לעומת האזרחים היהודים במדינת ישראל.

88. כמו-כן, החלטת המשיבה 1 התעלמה מזכותם לדיור של העותרים ומזכותם שלא להיות מופלים בפתרונות דיור בשל לאומם או דתם. הזכות לדיור היא חלק מזכותם לתנאי קיום נאותים, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובשורה של אמנות בינלאומיות שמדינת ישראל חתמה ו/או אישרה, ולכן נגועה בחוסר סבירות קיצוני.

### **התעלמות משיקולים תכנוניים**

89. בנוסף לשיקולים התכנוניים המחייבים את המשיבה, כפי שפורט לעיל, הרי שהמשיבה 1 מחויבת אף לתת משקל כבד לשיקולים תכנוניים כגון שיקולים של צרכי האוכלוסייה, מדיניות התכנון הארצית והמחוזית, כפי שפורט בהרחבה בחוות הדעת התכנונית של



העותרת מס' 7, המהווה חלק בלתי נפרד מהערר שהוגש למשיבה 1, ואשר סומנה ע/19 בנספחים לעתירה זו.

90. העותרים יטענו כי החלטת המשיבה 1 לאשר את שינוי התכנית אינה מספקת כל נימוק תכנוני, אשר יצדיק הפיכת הישוב לישוב עבור אוכלוסייה יהודית. ההצדקה להקמת ישוב יהודי נוסף למגוון הישובים היהודיים, הקיימים במרחב המטרופולין של באר שבע, אינה נובעת, ככל הנראה, מצרכים ושיקולים תכנוניים גרידא, שכן הם כבר קבעו שאין ספק בנכונות האיתור כנקודת ישוב עבור האוכלוסייה הבדואית.

91. כפי שמפורט בחוות הדעת של עמותת במקום (כנספח ע/19) שהעתקה צורף לעתירה, התכנון הארצי והמחוזי קובע קריטריונים מפורטים לפיתוח מושכל של המרחב בכלל ושל מטרופולין באר שבע בפרט. קריטריונים אלה אינם עולים בקנה אחד עם החלטת הממשלה להקים ישוב יהודי נוסף במטרופולין באר שבע. ככלל, הקמתם של ישובים חדשים מהווה פגיעה בהתפתחותם של ישובים קיימים ובמיוחד של עיירות הפיתוח. הדבר יוביל להתרוקנות הערים מאוכלוסייה חזקה, השקעות ענק בתשתיות, ניצול לא יעיל של הקרקע וקיטוב חברתי גדל.

92. לעומת זאת הקמתו של ישוב עבור האוכלוסייה הבדואית באיתור המוצע בתכנית הנדונה מבטא את הפתרון התכנוני לצרכיו המיידיים והדחופים של בני שבט אל עוקבי.

93. כמו כן אין ספק, כי הסדרת ההתיישבות הבדואים בנגב עולה בקנה אחד עם מדיניות התכנון הארצית כפי שמשקפת במטרותיה של תמא/35: "מתן מגוון אפשרויות פיתוח כמענה לצרכים של מגזרי אוכלוסייה שונים, תוך צמצום פערים", וכן הגדרת האזור המיועד להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב, כמרקם עירוני-כפרי וכמרקם כפרי. דבר שיאפשר פיתוח מגוון סוגי התיישבות, ואשר יוביל להסדרה של התיישבות הבדואים, כדוגמת הקמתו של יישוב כפרי-חקלאי לשבט אל עוקבי באיתור הנדון.

94. אספקת מגוון פתרונות תכנוניים לאוכלוסייה הבדואית, תוך התחשבות מרבית בצרכי ומאויי האוכלוסייה, עולה בקנה אחד עם הסיכום שהושג במסגרת בג"צ 1991/99 אבן חמאד ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה ואח' (תלוי ועומד), שצורף כנספח א' לחוות הדעת התכנונית.

## פגמים דיוניים וטענות נגד ההליך התכנוני

95. ההליך התכנוני נשוא עתירה זו נפגם לכל אורכו בפגמים דיוניים ופגמים בהליך שיש בהם, ובמיוחד בצירוף של כל הפגמים הנ"ל, כדי להביא לבטלות ההליך. ריבוי הפגמים מתחילת ההליך ועד סופו יוצר את הרושם הברור שכל מטרת ההליך לעגן תכנונית את החלטת הממשלה להקים יישוב קהילתי יהודי במיקום שכמעט אושר עבור יישוב בדואי, בכל מחיר וגם במחיר של הקרבת השיקולים התכנוניים והשיקולים של תקינות ההליך המנהלי.

96. מטרות הוראות חוק התכנון והבנייה הינן להסדיר באופן מושכל את תהליך התכנון, אישורו ושינויו. הוראות החוק נועדו להקנות לאזרחי המדינה אפשרות מהותית לפעול בהתאם להחלטות וועדת התכנון. העובדה שהחוק קבע דרך לבטל תוכנית או לשנותה נועדה לאפשר לאזרחים, שטוענים לפגיעה כתוצאה מההחלטה להתגונן בפניה בדרכים הקבועות בחוק - לפיכך ייזום של שינוי בתוכנית, שההתנגדויות לגביה נדחו והתקבלו לגביה החלטות ברורות לקראת אישורה, יכול להיעשות רק במסגרת סעיף 11(ד) לחוק התכנון והבנייה במסגרת 7 הימים, שנקבעו בסעיף זה כגדר הזמן לייזום שינוי בהחלטה. לא יתכן ששנתיים לאחר קבלת ההחלטה על ההתנגדויות תיזום הוועדה שינוי לתוכנית בהתעלם מהמועד הקצוב לה בסעיף 11(ד).

97. ההודעה על שינוי התוכנית מיישוב בדואי ליישוב יהודי נעשתה לפי סעיף 106(ב) לחוק. זהו אינו הסעיף המתאים לאור העובדה שההליך אינו מהווה תגובה להתנגדויות שהתקבלו. סעיף 106 נועד לאפשר לצד ג', שעשוי להיפגע מקבלת ההתנגדות לתוכנית להגיש את התנגדותו. זהו הליך המשכי להליך, המקדם את התוכנית המקורית. במקרה הנוכחי מדובר בהתנגדויות שנדחו, וההליך הננקט אינו הליך, הממשיך את התוכניות הקיימות.

98. מהדורה 6 לתוכנית מהווה שינוי מהותי של הקונספציה התכנונית - מדובר בשינוי מהותי של האוכלוסייה המיועדת למקום, סוג הבנייה ואופיה. סעי' 106 אינו מתאים בנסיבות אלה. דחיית ההתנגדויות שהוגשו כאשר היישוב נועד לשבט התראבין פירושה קבלת החלטה תכנונית להקים במקום יישוב בדואי. מבחינה תכנונית אין זה רלבנטי אם במקום יתגוררו בני שבט בדואי זה או אחר. משנדחו ההתנגדויות להקמת יישוב בדואי - קרי אושרה הקמתו של יישוב בדואי - ולא הוגשו ערעורים על ההחלטה, לא ניתן לשנות את ההחלטה על ידי פתיחת הליך ע"פ סעיף 106(ב).

99. שינוי מהותי של תוכנית צריך להיעשות באופן זהה לדרך בה מוגשת תוכנית. התוכנית אחרי השינוי הינה תוכנית חדשה, שקידומה מביא לביטול התוכנית המקורית. ביטול זה

מחייב פרסום מחדש לעיון הציבור ופתיחת הליך רגיל להגשת התנגדויות. דילוג על שלב זה מנוגד לחוק התכנון והבנייה ופוגע בזכויות המהותיות של העותרים. הפרוצדורה שקבע המחוקק אינה רק הליך פורמלי, שנועד לתת חותמת גומי רשמית לתוכנית. הפרוצדורה הזו נועדה בין היתר להבטיח שמירה על זכויותיהם של האזרחים ושל הגופים, שהתוכנית תשפיע עליהם בדרך זו או אחרת. במקרה של העותרים, הפרוצדורה נועדה להבטיח שהעותרים ידעו על התוכנית ופרטיה בשלב מוקדם מספיק על מנת שעוד יוכלו להשפיע על תהליך קבלת ההחלטה בכך שיביאו לידיעת הרשויות המחליטות גם את צורכיהם.

### **פגמים במועד תחילת ביצוע התכנית**

100. המשיבה 4 פעלה שלא כדין עת התחילה - בסיוע ובשיתוף המשיבים 2, 3 ו-5 - להקים מבנים בשטח התכנית נשוא עתירה זו ולחברם לתשתיות שעות ספורות לאחר שנודע לה, כי נדחה עררם של העותרים ובטרם עברו אותם 15 ימים, הדרושים מיום פרסום ההחלטה הדוחה את הערר ועד שהתכנית תקבל תוקף מכוח סעיף 119(א) לחוק התכנון והבנייה. סעיף 119 קובע בפירוש כי "תחילתה של תכנית, שאושרה לפי סימן זה, היא בתום חמישה עשר ימים מיום פרסום הודעה ברשומות או בעיתון על דבר אישורה, לפי המועד שבו פורסמה ההודעה האחרונה". סימן זה (סימן ו' לחוק) קובע בעיקר את הדרכים להגשת התנגדויות ועררים לתכניות מתאר, כך שברור, שסעיף 119 קובע את תחולתה של תכנית, שאושרה בהליך של התנגדות או ערר. כל היתר שהתקבל בטרם הסתיים הדיון בערר הוא בטל, ומכל מקום אין להשתמש בו או להסתמך עליו לאחר דחיית הערר ובטרם קיבלה התכנית תוקף כדין לפי סעיף 119 לחוק.

101. אולם, דרכם של המשיבים אצה להם, ושעות ספורות בלבד לאחר דחיית הערר על ידי המשיבה 1, החלה הצבתם של המבנים היבילים בשטח וחיבורם לתשתיות. דרך פעולה זו ללא המתנה משך תקופה של 15 ימים, הקבועה בחוק, לאחר פרסום התכנית, פוגעת פגיעה קשה ברציונלים, העומדים מאחורי הוראות חוק התכנון והבנייה, ודי בה כדי לבית משפט זה יקבע כי פעולותיהם של המשיבים נעשו שלא כחוק.

### **הרכב המשיבה 1**

102. הרכבם של מוסדות התכנון, ובכללם של המשיבה 1, מושתת על הצורך לאזן בין אינטרסים שונים ומנוגדים של הרשויות השונות, נציגי הציבורי ונציגים המייצגים שקולים תכנוניים מקצועיים שונים ולפעמים מנוגדים. ד"ר חנא סוויד, נציג השלטון המקומי והחבר הערבי היחיד במועצה הארצית לתכנון ובנייה היה חבר במשיבה 1

ומתוקף חברותו השתתף באופן פעיל בדיון הראשון בערר בפני המשיבה 1 שנערך ביום 15.9.03. בין הדיון הראשון לשני בערר בפני המשיבה 1 נערכו הבחירות לרשויות המקומיות, וד"ר סוויד לא העמיד עצמו לבחירה מחודשת. יחד עם זאת טרם מונה נציג אחר של השלטון המקומי למועצה הארצית לתכנון ובניה, שאינה מונה היום אף נציג ערבי. בדיון השני בערר גילו העותרים, כי ד"ר סוויד נתבקש שלא לקחת חלק בדיון, בטענה שהחוק אינו מאפשר לחבר, שכשירותו פגה בנסיבות הנ"ל, להוסיף ולדון בתיק תלוי ועומד בהיעדר הוראה מפורשת בחוק התכנון והבניה, הדומה להוראת סעיף 15 (א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמד-1984. ד"ר סוויד לא לקח חלק בדיון השני ולא לקח חלק בהחלטה בערר, כפי שמעידה על כך המשיבה 1 בהחלטתה ואף המליצה לשנות את החוק בהתאם.

103. פרשנות זו בטעות יסודה, כפי שצינו העותרים בפתח הדיון השני בערר. יש לפרש את היעדר ההתייחסות בחוק התכנון והבניה למצב כגון דא בפרק ב סימן א לחוק התכנון והבניה לא כמצביע על הסדר שלילי אלא על לקונה, שיש למלא בהיקש מהוראות אחרות בחוק התכנון והבניה ומחוקים אחרים, ותוך מתן שיקול מכריע לזכות השימוע של העוררים, ולשמירה על האיזון בין האינטרסים השונים, שקבע המחוקק. סעיף 21 לחוק, המסדיר את תקופת כהונתו של חבר הוועדה המקומית לתכנון ובניה, קובע כי כל חבר בועדה ימשיך לכהן גם אם פגה כשירותו עד שימונה חבר אחר במקומו. מקל וחומר שיש לאפשר לחבר המועצה הארצית להמשיך ולכהן עד שימונה אחר תחתיו, במיוחד כאשר היה עסקינן בהמשך שמיעת הדיון וההחלטה בערר.

104. הפסקת כהונתו של חבר ועדה באמצע הליך מעין שיפוטי ולאחר ששמע חלק מכריע של הטיעונים בערר פוגעת בזכות השימוע של העוררים (העותרים). בנוסף, המשיבה 1 הינה ועדה שמספר חבריה קטן, ולכן כל חבר הוא בעל משקל סגולי גדול בהכרעה בערר. עם הוצאתו של ד"ר סוויד מחברותו במשיבה התנהל הדיון השני בערר נשוא עתירה זו וההחלטה שנתקבלה בערר נתקבלה ע"י ועדה קטנה מאוד, בת ארבעה חברים ששלושה מתוכם מייצגים את משרדי הממשלה השונים, והרביעי הוא נציג האדריכלים והמתכננים. שמיעת הדיון השני וההחלטה בערר התקיימו בפני ועדה, שהופר בה האיזון העדין שקבע המחוקק, ומהווה פגם מהותי היורד לשורשו של עניין. למצער היה על המשיבה 1 להפסיק את דיוניה, ולחדשם אך ורק לאחר מינוי נציג אחר לשלטון המקומי ונציג ערבי, כחלק מן החובה לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית (בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 15).

## המשיבים מנועים מלטעון טענות הסתמכות

105. בהליכים המשפטיים בפני בית המשפט הגבוה לצדק, שקדמו להגשת עתירה זו, טענה המשיבה 4, חזור ואמור, כי אחד הנימוקים המרכזיים לקבלת עמדתם נוגע לכספים שהושקעו על ידיהם להקמת היישוב "גבעות בר".

106. יש לשלול מכל וכל את יכולתה של המשיבה 4 ו/או מי מהמשיבים האחרים לבסס עמדתם על טענות אלה, כמו גם על כל טענה אחרת בדבר הסתמכות.

107. משיבה 4 ומשיבים נוספים, אשר בחרו לפעול ולהוציא כספים לצורך הקמת היישוב, עשו זאת תוך שהם לוקחים סיכון מחושב, וזאת כשהם יודעים, כי תלויים ועומדים הליכי ערר שונים, כפי שפורט בחלק העובדתי של עתירה זו. בכל אותו הזמן, לא היה ברור מה יהיו תוצאותיהם של אותם הליכים, והמשיבים לא יכולים היו לפעול תוך הסתמכות על כך, שבסופו של דבר יוקם יישוב יהודי. הרי באותה מידה יכול היה עררם של העותרים בפני המשיבה 1 להתקבל. במהלך הדיון בעת"מ בפני בת משפט נכבד זה ועל אף צווי הביניים שהוצאו בגדרה, בחרה המשיבה 4 להשקיע כספים רבים בהליכי מיון וגיבוש גרעין מתיישבים ליישוב גבעות בר. לאחר תום הליכי הערר ביום 18.1.2004, אצה להם דרכם של המשיבה 4 ומשיבים נוספים לפעול להקמת היישוב "גבעות בר", וזאת אף על פי שכאמור לעיל, נדרשו להמתין תקופה של 15 ימים לאחר פרסום אישור התכנית. גם המשך פעולותיהם של המשיבים, תוך הוצאת סכומים כאלה ואחרים, נעשה בעת שבנושא תלויה ועומדת עתירה לבג"צ, אשר את תוצאותיה לא יכולים היו לחזות. כמו כן, בעת מתן הודעת העותרים ביום 31.3.04 בדבר מחיקת העתירה לבג"צ, הובהר כי בכוננת העותרים להגיש בתוך מספר ימים עתירה לבית משפט נכבד זה.

108. הוצאות המשיבים נעשו תוך שהם מודעים לאפשרות, כי ייקבע שפעולותיהם היו שלא כדין וכי יינתן פסק דין, המורה להם לחדול מן הצעדים להקמת היישוב "גבעות בר". על כן, אם קבלת העתירה תגרום להם להפסד כספי, אין להם להלין אלא על עצמם ועל התעקשותם להתעלם מן העובדה שענן כבד של ספק מרחף מעל חוקיות פעולותיהם.

109. יתרה מזאת, האופן החפוז בו פעלו המשיבים, ה"עלייה לקרקע" שעות מעטות לאחר קבלת ההחלטה מיום 18.1.2004 על ידי המשיבה 1 וההתעקשות להשקיע כספים בפרוייקט בטרם הסתיימו כל ההליכים המשפטיים בקשר אליו, מצביעים כולם על חוסר תום ליבם של המשיבים בפועלם בדרך בה בחרו, ומעלה את הסברה, כי החיפזון שבפעולותיהם לא נועד אלא לאפשר להם לטעון טענות הסתמכות ולטעון כי את הנעשה

אין להשיב וכי הוצאותיהם הכספיות מצדיקות דחייתה של כל טענה כנגד המשך פעולותיהם.

110. זאת ועוד. בבוא בית המשפט לבחון כל טענה עתידית שעשויים המשיבים להעלות לעניין הסתמכותם והוצאותיהם הכספיות, יש לזכור כי קבלת העתירה לא תביא לירידה לטמיון של מרבית הוצאות אלה. השטח נשוא עתירה זו מאוכלס כעת במבנים יבילים, אשר המשיבים יוכלו להעביר למקומות אחרים ולהוסיף ולעשות בהם שימוש. צינור המים המותקן במקום הוא צינור מים זמני. וכל תשתית אחרת באזור, אם אכן יש כאלה, תוכל לשמש יישוב לאוכלוסייה הבדואית שיוקם באזור, אם תתקבל עתירה זו. ניצול המשאבים הכלכליים שהושקעו, אם אכן הושקעו, לטובתה של האוכלוסייה הבדואית, יגשים עקרונות של צדק חלוקתי, ואין למצוא כל טעם לפגם בכך שייטיב, ולו במעט, את מצבה של האוכלוסייה הבדואית בנגב, אשר מהווה, כמפורט לעיל, את אחת האוכלוסיות החלשות ביותר במדינה.

**לאור כל האמור לעיל מתבקש בית משפט נכבד זה לקבוע דיון דחוף בעתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים וקיום הדיון בעתירה, ליתן צו כמפורט בראש העתירה.**

---

באנה שגרי-בדארנה, עו"ד  
ב"כ העותרים