

- העותרים:**
1. עטייה אלעתאמין
 2. ג'מאל אבו זקיקה
 3. אל עונה - המועצה לכפרים הבדואים הבלתי מוכרים בנגב
 4. במקום - מתכננים למען זכויות תכנון
 5. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או לימור יהודה ו/או אשרת מימון ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או נסראת דקואר ו/או קרן צפירר ו/או נסרין עליאן ו/או ראוייה אבורביעה

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. ממשלת ישראל
 2. שר הפנים
 3. שר התחבורה
 4. המועצה הארצית לתכנון ולבניה
 5. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז דרום

כולם ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל התוכנית להארכת כביש 6 דרומה, בקטע 21 (מקטעים 2, 3 ו-4), שבין מחלף להבים למחלף הנגב - תוכנית מתאר ארצית 4/21/א/31 ו-3/21/א/31, 2/21/א/31 (להלן – התוכנית).

ואלה נימוקי העתירה:

עניינה של העתירה בפגמים מהותיים שנפלו בתהליכי עריכתה ואישורה של התכנית, ובכלל זה התעלמות משיקולים רלוונטיים, כמו הפגיעה האפשרית באלפי אזרחים בדואים המתגוררים בכפרים לאורך התוואי, מהתחייבויות קודמות לבג"ץ, מהליכים תכנוניים מקבילים ומההמלצות של דוח הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדווים בנגב בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג, אשר פורסמו במהלך חודש דצמבר 2008 (להלן: דו"ח ועדת גולדברג).

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרים 1 ו-2 הם תושבי כפרים שעלולים להיפגע כתוצאה מסלילת הכביש. העותר 1 הוא תושב הכפר ח'שם זנה ויו"ר הוועד המקומי. העותר 2 הוא תושב ביר אלחמאם וחבר הוועד המקומי.
2. העותרת 3, אל-עונה – המועצה האזורית לכפרים הערבים הבדואים הבלתי מוכרים בנגב, היא ארגון וולונטרי, המאגד את הוועדים המקומיים בכפרים הבלתי מוכרים בנגב, והיא פועלת לקידום ההכרה בכפרים הבלתי מוכרים בנגב, ובקידום זכויותיהם של תושבי הכפרים, ובכלל זה זכויות התכנון, החינוך והבריאות.
3. העותרת 4, במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, הינה עמותה שהוקמה בשנת 1999 על ידי מתכננים/ות ואדריכלים/ות אשר שמו להם למטרה לחזק את הקשר בין זכויות האדם ומערכות התכנון במדינת ישראל. כגוף מקצועי, חותרת במקום למימוש הזכות לשוויון ולצדק חברתי, בנושאי תכנון ופיתוח ובהקצאת משאבי קרקע, ומסייעת לקהילות המצויות בעמדת נחיתות מקצועית, כלכלית או אזרחית לממש את זכויותיהן בתחומים אלו.
4. העותרת 5, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה העוסקת מאז 1972 בקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים. האגודה פועלת, בין היתר, לקידום זכויותיה של האוכלוסייה הערבית בישראל ובכלל זה לקידום זכויותיהם של הערבים הבדואים בנגב.
5. המשיבים 1-5 הם הגורמים האמונים על הליכי התכנון ואישור התוכנית להארכת כביש 6 דרומה, ועל ביצועה.

העובדות הרלוונטיות

6. כביש 6 הינו אחד מעורקי התנועה המרכזיים במדינה, המחבר בין דרום הארץ לצפונה. הנקודה הדרומית ביותר נכון להיום הינה מחלף מאחז, דרומית לקריית-גת. עניינה של העתירה בהחלטה להאריך את הכביש דרומה עד לצומת הנגב.
7. הנתונים עליהם מתבססת העתירה נלקחו מחוות דעת מקצועית, שערכו המתכנן סזאר יהודקין, מעמותת במקום, והגיאוגרף סעיז אבו סמור מהמועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב, והיא מהווה חלק בלתי נפרד מהתשתית העובדתית בעתירה.

העתק חוות הדעת והמפות הנלוות לה מצורף ומסומן ע/1.

8. מהבדיקה המקצועית, שממצאה מפורטים בחוות הדעת, עולה כי התוואי שאושר, ממחלף להבים למחלף הנגב, מתעלם מקיומם של כפרים בדואים בשטח התוכנית ובהם הכפרים אלמסעאדיה, אלגרין, חירבת אלווטן, ביר אלחמאם, ח'שם זנה, סוויין, א-שאהבי וואדי אל נעם וואדי אל משאש. כפרים אלה קיימים בחלקם עוד מלפני קום המדינה וחלקם, כמו וואדי אל נעם, הוקמו מחדש במקומם הנוכחי בהוראת השלטונות בשנות החמישים והם עקורי פנים. חרף היותם כפרים היסטוריים, הם מעולם לא הוכרו על ידי הרשויות. בכל אחד מכפרים אלה מתגוררים בין 1,400 ל-5,000 תושבים, ומתקיימים בהם חיי קהילה כמו בכל ישוב אחר.

9. בנוסף, תכנית הכביש מתעלמת אף מקיומו של הישוב המוכר אום בטין, אשר זכה להכרה בשנת 1999. התוואי המתוכנן חוסם כל אפשרות לפיתוח עתידי של הישוב ופוגע בצרכים העתידיים של תושביו.

10. עוד עולה מחוות הדעת, כי בתחום התוואי המתוכנן קיימים כ-400 מבנים שונים המשמשים את האוכלוסייה הבדואית למגורים, אירוח מסורתי, מכלאות צאן, חקלאות וצרכים אחרים. כ-200 מבנים נוספים נמצאים בסמיכות מיידית לתוואי הכביש המתוכנן ויושפעו באופן ישיר מסלילתו. **על פי חוות הדעת, ניתן להעריך כי בין 2,500 ל-3,500 תושבים מתגוררים בשטח התכנית או בשטח אשר מושפע ממנה באופן ישיר, ואלו יאלצו להתפנות מבתיהם ומאדמותיהם וייותרו ללא קורת גג ומבלי שיהיו בידיהם פתרונות התיישבות נאותים ומוסכמים.**

11. כדי להמחיש את גודל הפגיעה, ניקח למשל את המקרה של הכפר ח'שם זנה, שהתוואי המתוכנן עובר באמצעו. ח'שם זנה, על אף היותו כפר בלתי מוכר, הוא יישוב קיים, ומתגוררות בו 1,400 נפשות. הישוב קיים עוד מלפני הקמת המדינה. בכפר ישנו בית קברות עתיק, בורות מים עתיקים לאגירת מי הגשמים, מערה ששימשה להגנה על העדרים בימי החורף ושרידיים של המבנים הישנים של הכפר. בית הקברות העתיק שימש את התושבים עד לשנות החמישים. עם הקמת המושב נבטים בשנת 1946 נזנח בית הקברות ההיסטורי, בשל התנכלות שומרי המושב לתושבי ח'שם זנה. תושבים קוברים היום את מתיהם בשני בתי קברות חדשים יותר. ועד התושבים של הכפר, בסיוע ארגוני זכויות אדם שונים, יזם את הקמתו של גן משחקים בתוך הכפר. הוועד המקומי גם מפעיל גן ילדים לגילאי טרום חובה ומועדונית לצעירים בשעות אחר הצהריים. המסגד שהוקם לפני כעשר שנים, משמש לתפילה ולשיעורי דת. לאור אישורה של התכנית להארכת כביש 6 דרומה, אין ספק כי חיי הקהילה של תושבי ח'שם זנה נמצאים בסכנה.

ההליכים לאישור תוואי הכביש ופניות העותרים

12. תכנון תוואי הכביש קיבל תאוצה בשנת 2007 עת הורתה המשיבה 3, המועצה הארצית לתכנון ולבניה, על הכנת תוכנית מתאר ארצית ברמה מפורטת לסלילת קטע 21, מצומת מאחז ועד צומת הנגב, הנמצאת באמצע הדרך שבין באר-שבע לירוחם (תוכנית מתאר ארצית (תמ"א) 21/א/31). אורך הקטע כולו הוא כ-60 ק"מ. הקטע כולל ארבעה מקטעי משנה.

13. ביום 30.11.08 התקיים דיון במינהל התכנון של משרד הפנים להצגת התכנית במקטעים הרלוונטיים לעתירה זו (מקטעים 2-4), מצומת להבים עד צומת הנגב. מטרת הדיון הייתה לקדם את התוכנית ולהכינה לדיון במועצה הארצית לתכנון ולבניה. לדיון הוזמנו נציגים רבים, לרבות נציגי המועצה המקומית להבים, קק"ל והחברה להגנת הטבע, אך לא נכח בה אף לא נציג אחד של הקהילה הבדואית או של הארגונים המייצגים את האוכלוסייה. ההתייחסות להתיישבות הבדואית לאורך התוואי הייתה שולית בלבד.

העתק פרוטוקול הדיון במינהל התכנון מצורף ומסומן ע/2.

14. ביום 2.12.08 החליטה המועצה הארצית לתכנון ולבניה להעביר את שלושת המקטעים הרלוונטיים לעתירה זו (מקטעים 2-4), מצומת להבים עד צומת הנגב, להתייחסות הציבור ולטיפול הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז דרום.

העתק החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבניה מצורף ומסומן ע/3.

העתקי מסמכי התוכנית במקטעים הרלוונטיים מצורפים ומסומנים ע/4-6.

15. במרץ 2009 פורסם דבר התוכנית בעיתונות לצורך קבלת השגות מן הציבור. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה במחוז דרום דנה בתוכנית ובהשגות שקיבלה מן הציבור בישיבותיה מיום 25.5.09 ומיום 29.6.09.

העתקי הקטעים הרלוונטיים מפרוטוקול הדיונים מצורפים ומסומנים ע/7 ו-8.

16. ביום 21.7.09 דנה ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (ולנת"ע) של המשיבה 3 בתוכנית ואישרה אותה בכפוף למספר הערות, כמו למשל בעניין שיקום נופי. מעיון בפרוטוקול הוועדה עולה, כי לא נערך דיון מהותי בהשפעות התוואי על האוכלוסייה הבדואית המתגוררת בכפרים לאורך התוואי או על עתיד הכפרים.

העתק פרוטוקול הדיון בולנת"ע מיום 21.7.09, לרבות נספח הרקע לדיון, מצורף ומסומן ע/9.

17. ביום 7.9.09 פנה מר יהודקין, בשם עמותת **במקום**, העותרת 4, ליו"ר המועצה הארצית לתכנון ולבניה, שנועדה לדון למחרת באישור התוכנית. מר יהודקין פירט את ממצאי חוות הדעת, מהם עולה כי תוואי הכביש בקטע 21 ייפגע בצורה קשה בזכויותיהם של אלפי אזרחים בדואים המתגוררים לאורך התוואי.

18. מר יהודקין טען במכתב, כי כפי שהדברים משתקפים בפרוטוקולים שפורסמו לציבור, בעת הדיונים בתכנית במסגרת ועדות המשנה של הוועדה המחוזית ובדיון במליאה שלה, לא התקיים דיון אמיתי ורציני אודות השלכות התכנית ועתידה של האוכלוסייה הבדואית שמתגוררת לאורך תוואי הכביש. הוא הוסיף, כי גם אם לא נתקבלו השגות מהציבור שביקשו להתייחס לנושא זה בשלב של הערות הוועדות המחוזיות, אין בכך כדי לפטור את לשכת התכנון במחוז דרום ואת מליאת הוועדה המחוזית מחובתן לקיים דיון בסוגיה ולדאוג להשלמת התהליך התכנוני

שמתקיים מזה שנים רבות, במטרה למצוא פתרונות תכנוניים ראויים לאוכלוסייה הבדואית המתגוררת בכפרים הבלתי מוכרים.

19. עוד הוסיף מר יהודקין, כי יש להמתין בקבלת ההחלטה, שכן האוכלוסייה הבדואית ממתנה מזה כשנתיים לתוצאות ההתנגדויות שהוגשו על ידה ועל ידי גורמים שונים לתכנית המתאר למטרופולין באר שבע, שאמורה, בין היתר, להסדיר את נושא ההתיישבות הבדואית באזור התוכנית. השימוע בהתנגדויות התקיים במהלך החודשים יוני-יולי 2008. ככל שידוע לעותרים, החוקרת ששמעה את ההתנגדויות והגישה את המלצותיה בתחילת שנת 2009, אך הנושא עדיין תלוי ועומד בפני המשיבה 3. מר יהודקין הוסיף, כי אחת המטרות המרכזיות של תכנית המתאר למטרופולין באר שבע הייתה להציע פתרונות התיישבות בני יישום לאוכלוסייה הבדואית שמתגוררת מחוץ ליישובים מוכרים, וכי הדבר מעוגן בהתחייבות המדינה בפני בג"ץ בעקבות עתירה שהוגשה נגד אישורה של תכנית המתאר המחוזית למחוז דרום (ת"מ/מ/14/4) בשנת 2000.

20. בנוסף, טען מר יהודקין, כי התכנית סותרת את ההמלצות של ועדת גולדברג. בתאריך 18.1.09 החליטה הממשלה לאמץ את העקרונות שהציעה ועדת גולדברג לפיתרון נושא תביעות הבעלות על הקרקע וההתיישבות של האוכלוסייה הבדואית בנגב (החלטה מס' 4411). בעקבות זאת, מונה צוות בין-משרדי שתפקידו לבחון דרכים ליישום המלצותיה של ועדת גולדברג. בראש הצוות עומד מר אהוד פראוור, ראש האגף לתכנון מדיניות במשרד ראש שממשלה. ועדת גולדברג המליצה, בין היתר, לסמן את הכפרים הבדואים הלא מוכרים במסמכי תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע כ-"יישובים במעבר" (סעיף 109).

העתק המכתב מיום 7.9.09 מצורף ומסומן ע/10.

21. ביום 8.9.09 התכנסה המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואישרה את תוכניות המתאר המפורטות. המועצה סירבה לדון בהשגות של עמותת **במקום**. יו"ר המועצה, מר גבריאל מימון (מנכ"ל משרד הפנים) ציין לפרוטוקול, כי "התקבלה בקשה של עמותת במקום להוריד התכנית מסדר היום וזאת עד למציאת פתרון לסוגיית הבדואים בדרום. לאחר ששקל את הבקשה החליט להשאיר הנושא בשל חשיבותו הרבה ומאחר והציבור יכול היה להגיש את השגותיו".

העתק פרוטוקול הדיון במועצה הארצית מצורף ומסומן ע/11.

22. ביום 21.9.09 פנו העותרים ליועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, בדרישה להנחות את מוסדות התכנון לשוב ולבחון את הפגיעה בזכויות התושבים הבדואים בתוואי הכביש ולהנחות את הממשלה לא לדון ולא לאשר את התוכנית. העתק המכתב נשלח גם למנכ"ל משרד הפנים ויו"ר המועצה הארצית לתכנון ולבניה, ליועץ המשפטי של משרד הפנים, לראש מינהל התכנון במשרד הפנים, למזכיר הממשלה ולראש האגף לתכנון מדיניות במשרד ראש הממשלה.

העתק המכתב מיום 21.9.09 מצורף ומסומן ע/12.

23. ביום 11.10.09 התקבלה במשרדי האגודה ליכויות האזרח מכתב מיום 24.9.09 על העברת הטיפול בנושא לעו"ד שרית דנה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.

העתק המכתב מיום 24.9.09 מצורף ומסומן ע/13.

24. ביום 26.10.09 התקבל במשרדי האגודה לזכויות האזרח מכתב מיום 18.10.09 ובו נמסר כי בעקבות הפנייה פנה נציג היועץ המשפטי ליועץ המשפטי של משרד הפנים לקבלת התייחסותו לדברים. "על התקדמות הטיפול בנדון נודיעך דבר", נמסר.

העתק המכתב מיום 18.10.09 מצורף ומסומן ע/14.

25. ביום 17.1.10 נשלחה תזכורת מאחר שתשובה לפנייה טרם התקבלה.

העתק התזכורת מצורף ומסומן ע/15.

26. ביום 24.2.10 התקבלה החלטת ממשלה 1421 בה אישרה הממשלה תוכנית ביצוע רב שנתית לסלילת דרכים והנחת מסילות ברזל בכל הארץ. בין היתר, הוחלט לאשר את הארכתו של כביש 6 לכיוון דרום עד לצומת הנגב, כאשר קטעים 1-2 עד לצומת שוקת אושרו לביצוע מיידי. שאר הקטעים יבוצעו בהמשך בכפוף לאישור הממשלה.

העתק החלטת הממשלה ונספחיה מצורף ומסומן ע/16.

27. ביום 10.3.10 פורסמה ברשומות החלטת הממשלה לאשר את תוכנית המתאר הארצית להארכת כביש 6 דרומה (י"פ 6069).

הטיעון המשפטי

פגיעה בזכויות אדם

28. התוכנית תוביל לפגיעה קשה בזכויות אדם, ובמיוחד בזכות לכבוד האדם, לקורת גג ולקניין. על פי חוות הדעת המצורפת, משמעותו של סלילת כביש 6 בתוואי המתוכנן היא פגיעה קשה ביותר בקהילה המתגוררת במקום עשרות שנים, חלקה עוד מלפני הקמת המדינה, ואילו צה להגר למקום אחר ללא דיור חלופי או פיצוי, ותוך הרס המרקם הקהילתי הקיים.

29. בית המשפט הנכבד הכיר בכך כי העברה כפויה של אדם ממקום מגוריו פוגעת בזכויותיו החוקתיות:

"... הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים..." (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002)).

30. אם העברה כפויה של אדם יחיד היא חמורה, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בהעברה כפויה של אלפי בני אדם, והרס קהילות שלמות. בעניין פינוי ישראלים מרצועת עזה פסק בית המשפט העליון כי:

יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות שבו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו... הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה... פינוי הישראלים מהשטח המפונה פוגע במגוון זכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2), 481, 561-562 (2005)).

31. חומרה מיוחדת יש לפינוי כפוי של אדם מביתו, המתבצע ללא פתרון חלופי או פיצוי, ובלי לבחון את יכולתו להעמיד לעצמו קורת גג חלופית. במקרים אלו הפינוי עשוי להוביל לדרדר תנאי המחיה של המפונה ומשפחתו עד למגורים ללא קורת גג כלשהי.

32. מאז קיבלה הכנסת את חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, חזר בית המשפט העליון ופסק, כי היעדר קורת גג עולה כדי פגיעה בכבודו של אדם. בפרשה שבה עמד לדיון היקף זכויותיו של חייב בהליכי הוצאה לפועל, נפסק כי "כבוד האדם הוא ערך יסודי חוקתי בחברתנו. אין מי שיחלוק על כך שיש לשמור על כבודו של אדם גם אם כשל ושקע בחובות ואין להותירו ללא קורת גג מעל לראשו" (ע"א 3295/94 פרמינגר נ' מור, פ"ד נ(5) 111, 121 (1997)). בעניין אחר, שנגע לזכויות חייבים, נקבע כי "אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיר, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001)). בפרשה אחרת פסק בית המשפט, כי "הזכות למדור – כחלק מן הזכות למינימום תנאי קיום אנושיים – נתפסת גם היא כזכות יסוד בעלת תוקף חוקתי" (ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל נ' רייז, פ"ד נח(3) 934, 942 (2004)).

33. בנוסף, סלילת הכביש ללא בחינת השפעותיו על האוכלוסייה הנמצאת בשטח התוכנית עלולה להביא לפגיעה בבטיחות התושבים עד סיכון חיים, לפגיעה בבריאות התושבים ובאיכות האוויר שהם נושמים, לפגיעה בנגישות של התושבים למוסדות חינוך ולמוסדות ציבור ועוד.

34. זאת ועוד, סלילת הכביש תביא לפגיעה בעסקים שונים של התושבים, ותפגע בקניינם ובחופש העיסוק שלהם, וזאת בלי פיצוי ובסביבה שבה מחסור חריף במקומות תעסוקה. אנשים שפרנסתם תיפגע עלולים לאבד את כושר ההשתכרות שלהם ולהידרדר לעוני.

35. כפי שנראה להן, הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של התושבים שתיגרם מסלילת הכביש לא רק שאינה מידתית ואינה סבירה אלא שהיא כלל לא נשקלה במסגרת הכנת התוכנית.

הפרת החובה לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים

36. מוסד תכנון, כמו כל רשות מינהלית, מוסמך ואף חייב לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים בטרם אישור תוכנית.

ר' בג"ץ 5593/07 ניס נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (מיום 21.12.09) בפיסקה 41; בג"ץ 237/88 מועצה מקומית גבעת שמואל נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מב(4) 841, 849 (1989); עת"מ (ת"א) 1253/05 מוחארב נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (מיום 4.5.06), בפיסקה 24.

37. הביקורת השיפוטית על תוכניות מופעלת "הן לגבי הליכי קבלת ההחלטה והן לגבי תוכנה. בבחינת הליכי קבלת ההחלטה ייבדקו איכות הנתונים ששימשו בקבלתה; טיבם של השיקולים על פי הם נתקבלה והאיזון שנעשה ביניהם".

ר' עע"מ 9316/05 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' בכור (מיום 5.3.08).

38. השיקולים שעל מוסד התכנון לשקול אינם מתמצים בהיבטים הפיזיים של התוכנית אלא בשיקולים רחבים יותר, ובראש ובראשונה – רווחת האוכלוסייה המצויה בשטח התוכנית. לכן, לוועדות התכנון ניתנו סמכויות רחבות "לתכנון מכל ההיבטים הרלוואנטיים לטובת אוכלוסיית שטח התכנית" (פרשת גבעת שמואל, בעמ' 847). ואכן, "דיני התכנון והבניה עברו התפתחות משמעותית לאורך השנים. דיני התכנון והבניה משמשים כיום כלי להשגת יעדים חברתיים ראשונים במעלה, כטיפול בצורכי נכים וקבוצות חלשות" (הנשיא ברק בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 939 (2002)). "איננו מדברים עוד – כבעבר – אך בשימושי קרקע למיניהם, אלא בתפיסה סביבתית כוללת של חברה, של כלכלה ושל איכות חיים בעיר ובכפר" (בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נ(3) 441, 450 (1996)). גם חוק התכנון והבניה הולם גישה זו. במועצה הארצית יושבים לא רק מהנדסים ואדריכלים אלא גם נציגי ציבור ממגזרים שונים כמו נשים וצעירים, נציגי אקדמיה המתמחים בהיבטים חברתיים של תכנון וכדומה. כך, תוכנית מתאר ארצית תתייחס בין היתר גם ל"תחזית התמורות בחלוקת האוכלוסייה במדינה ושלבי פיתוחה ועיתויים הרצוי, גדלם החזוי של ישובים, מיקומם וגדלם של ישובים חדשים ומקומם של ישובים, סוגיהם וגדלם" (סעיפים 2 ו-49 לחוק התכנון והבניה, התשמ"ה-1965).

ר' גם רחל אלטרמן, "חוק התכנון והבניה ותכנית המתאר: הנחיות גמישות או מסגרת גמישה?", משפטים י"א 197, 209 (תשמ"א).

39. שלושה שיקולים רלוונטיים וחיוניים כלל לא נלקחו בחשבון בהליך התכנוני דנן:

א. המשיבים לא לקחו בחשבון את הפגיעה הקשה באוכלוסייה המתגוררת בשטח התוכנית

40. כאמור, רווחתה של האוכלוסייה הקיימת בשטח התוכנית הינה בגדר שיקול שחובה על כל מוסד תכנוני סביר לשקול בהליך התכנוני. בענייננו כמעט בלתי נתפס כיצד התעלמו מוסדות התכנון בצורה כה בוטה מההתיישבות הבדואית לאורך תוואי הכביש ומהפגיעה שתיגרם לזכויותיהם הבסיסיות ביותר של אלפי אנשים, שיאלצו להתפנות מבתיהם, לפרק קהילות המתגוררות במקום עשרות שנים, ולאבד את מקור הכנסתם. כלום יעלה על הדעת שבוקר בהיר אחד, כך סתם, יעלו הבולדוזרים על בתי הכפר חישם זנה, על 1,400 תושביו, בלי שעניינם נשקל כראוי בהליך התכנוני?

41. לא מדובר בעניין פרטני או השפעה שולית. סוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב מעסיקה כעניין של שגרה את הממשלה, את הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז דרום ואת המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, וכפי שנציין להלן, היא נדונה כעת בשני הליכים מרכזיים: בהליכי אישור תוכנית המתאר החדשה למטרופולין באר שבע במועצה הארצית לתכנון ולבנייה, ובוועדת היישום הממשלתית לדוח גולדברג – גם אלו לא קיבלו כל ביטוי בהליך התכנוני. מוסדות התכנון מכירים את המצב הקיים בשטח התוכנית והתעלמותם מהאוכלוסייה מהווה על כן פגם מהותי ביותר.

ב. המשיבים לא לקחו בחשבון את ההליכים התכנוניים המקבילים להסדרת ההתיישבות הבדואית בשטח התוכנית והתחייבויות קודמות לבג"ץ

42. התעלמות מוסדות התכנון והממשלה מהאוכלוסייה הבדואית הנפגעת אינה דבר חדש. רק לפני מעט יותר משנה, פורסם דוח הוועדה הציבורית שמינתה הממשלה לבחינת סוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב, בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס אליעזר גולדברג (להלן – **ועדת גולדברג**). לא בכדי הוועדה ראתה לנכון לציין כי **"הבדואים הינם תושבי המדינה ואזרחיה, וככאלו הם אינם "שקופים" וחסרי מעמד וזכויות"**, וכי **"יש להאזין לטענותיהם ולהתחשב בצרכיהם, ויש לשתפם בתהליכים לקביעת עתידם"**.

העתק החלק המרכזי בדוח מצורף ומסומן ע/17.

הדוח המלא על כל נספחיו מצוי באתר האינטרנט של משרד השיכון, בכתובת:

<http://www.moch.gov.il/Moch/VariousPages/DochVaadaHetiaShbutBeduit.htm>

43. במשך שנים רבות היו הבדואים בכפרים הבלתי מוכרים שקופים למוסדות התכנון, והדבר בלט במיוחד בהיעדרן המוחלט של הקהילות הבדואיות, שחלקן קיימות מלפני קום המדינה, ממפות התכנון. מערכת התכנון פעלה ליישום מדיניות העיור של הממשלה, שמטרתה היתה לרכז את האוכלוסייה הבדואית במספר עיירות. הדבר השתקף בתוכנית המתאר המחוזית למחוז דרום, תמ"מ/14/4, שהכנתה החלה בשנת 1994. בשנת 2000 הוגשה על-ידי העותרות 3 ו-5, ביחד עם עותרים נוספים, עתירה לבית המשפט הנכבד נגד התוכנית, בטענה שהיא מפלה את האוכלוסייה הבדואית, מתעלמת מהכפרים הבדואים הקיימים עשרות ואף מאות שנים ואינה נותנת מענה לצרכיה ולתרבותה של האוכלוסייה הבדואית (בג"ץ 1991/00 **אבו חמאד נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה**).

44. ביום 29.11.00 הוצא צו על תנאי בעתירה. ביולי 2001 הגישו באי כוח בעלי הדין הודעה משותפת מטעם לדחיית מועד הדיון בשנה וחצי, על מנת לאפשר למשיבות לתת מענה ראוי לעתירה במסגרת ההכנה של תכנית מתאר מחוזית חלקית למטרופולין באר שבע (תמ"מ/23/14/4). הסדר זה בין הצדדים עוגן בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.7.01.

45. מוסדות התכנון התחייבו בפני בג"ץ שהתכנית למטרופולין באר שבע תיתן מענה ראוי לדרישת התושבים, וכי המתכננים מתחייבים לגבש הצעות לפתרון בעיית ההתיישבות הבדואית באזור זה. כמו-כן, התחייבו המתכננים, שצורת ההתיישבות הכפרית תיבחן כאחד הפתרונות ליישובם של

התושבים הבדואים, שמחוץ לעיירות הקיימות. יתרה מכך, התחייבו להיפגש עם נציגי התושבים האמורים ולבחון ביחד איתם הצעות קונקרטיות ליישובים חדשים, ובהם ישובים כפריים, לרבות התכנית לפריסת ישובים כפריים שהוגשה ע"י המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב (העותרת 3 כאן).

העתק התחייבות המועצה הארצית בפני בג"ץ מיולי 2001 מצורף ומסומן ע/18.

46. ביום 26.12.06 אושרה להפקדה תמ"מ/23/14/4 ע"י ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (ולנת"ע). התוכנית שהופקדה לא ענתה לדרישות העותרים בבג"ץ 1991/00, אך בשל הצורך למצות את הליכי התכנון הרגילים, לאור הפקדת תוכנית המתאר החדשה, הוסכם על מחיקת העתירה.

העתק פסק הדין בבג"ץ 1991/00 אבו-חמאד נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (מיום 26.7.07), מצורף ומסומן ע/19.

47. במהלך החודשים ספטמבר ואוקטובר 2007 הגישו תושבי הכפרים הבלתי מוכרים בנגב וארגוני זכויות אדם שונים התנגדויות לתמ"מ/23/14/4, ואלו נשמעו כאמור בחודשים יוני ויולי 2008 בפני החוקרת שמינתה המועצה הארצית לתכנון ולבניה, גבי תלמה דוכן. למיטב ידיעתם של העותרים, המלצות החוקרת הועברו למועצה הארצית לתכנון ולבניה כבר בתחילת שנת 2009, אך עד עתה טרם התקיים דיון בהמלצות ובשל כך אין הכרעה האם לקבל את ההתנגדויות במלואן או בחלקן או לדחותן. בין מגישי ההתנגדויות היו גם תושבי כפרים הנמצאים על תוואי הכביש, כמו ח'שם זנה, שביקשו הכרה ביישובם, במקום הימצאו, וגם העותרות 3-5.

48. הנה כי כן, בשעה שהמועצה הארצית לתכנון ולבניה יושבת על המדוכה, ודנה בקידום תוכנית המתאר למטרופולין באר שבע תוך התחייבות מפורשת לבג"ץ להתייחס במסגרתה לאוכלוסייה הבדואית, צרכיה ותרבותה, ועוד בטרם התקבלה ההחלטה, מקודמת תוכנית אחרת, שמטרתה להאריך את כביש 6 דרומה, ואשר מתעלמת לחלוטין מההתיישובות הבדואית לאורך תוואי הכביש. תוכנית זו עשויה לקבוע עובדות בשטח ולסכל כל אפשרות להכיר בכפרים שבתוואי הכביש, דבר שרשויות התכנון התחייבו לבחון, ונתון להכרעתם.

49. התעלמות מוחלטת מהליכים תכנוניים מקבילים, שיכולים להביא להכרה תכנונית בכפרים שנמצאים בתוואי הכביש, והתעלמות מהתחייבויות המדינה לבג"ץ מהווה התעלמות משיקול מרכזי ורלוונטי לתכנון הכביש. בהתנהלות זו נפל פגם מהותי היורד לשורשו של עניין.

ג. המשיבים לא לקחו בחשבון את השלכות של המלצות דוח ועדת גולדברג

50. דוח ועדת גולדברג פורסם בדצמבר 2008, בסמוך להחלטת המועצה הארצית לתכנון ולבניה להעביר את התכנית להערות הוועדות המחוזיות והתייחסות הציבור, בטרם התקיימו הדיונים בוועדה המחוזית. למרות חשיבותו המכרעת לעתיד אזור התוכנית, והיותו, ללא כל ספק, נתון רלוונטי, אין לו זכר בדיונים לקראת אישורה של התכנית. גם בכך נפל פגם מהותי.

51. מדובר בדוח המקיף והרציני ביותר בנושא ההתיישבות הבדואית בנגב שהוכן על-ידי ועדה ציבורית. הדוח סוקר את ההיסטוריה של ההתיישבות הבדואית בנגב, ויש בו קביעות חשובות בעניין המדיניות התכנונית כלפי האזרחים הבדואים. הוועדה הכירה בכך שחלק מהכפרים הבלתי מוכרים היה קיים עוד מלפני הקמת מדינת ישראל, ואילו היתר הוקמו מחדש בשנות החמישים, עת ביצעו זרועות המדינה העברת אוכלוסייה בדואית מטריטוריות, שהיו מסורתית בבעלותה ו/או בהחזקתה, אל שטח מצומצם יותר המכונה אזור הסייג (דוח הוועדה, בפיסקאות 18-20). "לא ניתן להגיד על השבטים שהיו ועל אלו שהועברו, כי הם פלשו לאזור הסייג, גם אם ברור, כי הם הרחיבו במשך השנים את גבולם באזור שלא כדין מעבר לגבולות הקרקע המקוריים", קבעה הוועדה (פיסקה 71).

52. הוועדה הכירה בכך, שתהליך העיור הכפוי, שבבסיסו עידוד המעבר לעיירות, נחל כישלון חרוץ, בין היתר בשל כך שעיירות אלו תוכננו בלי לפתור את הבעיה של תביעות הבעלות בשטחן, וכן בשל כך שהן הוקמו ברמת פיתוח מזערית, ללא מערכות ביוב ראויות, עם תשתיות בלתי-מספקות, ללא פיתוח מספק של שטחים ציבוריים פתוחים ובשל מיעוט מוסדות הציבור (פיסקאות 51, 57).

53. ועדת גולדברג הכירה בכך שאי ההכרה של מדינת ישראל בכפרים הבלתי מוכרים גורם לפגיעה קשה ומתמשכת בזכויותיהם הבסיסיות ביותר של תושבי הכפרים (פיסקה 63).

54. וחשוב מכל, הוועדה קיבלה את העמדה, כי יש לשנות את המדיניות, ולהעדיף את הדרך של הכרה בכפרים הבלתי מוכרים על פני פינויים: "הכרה בכפרים הבלתי מוכרים, בסייגים שיפורטו, ומיסודם, היא שתמנע הנצחת המצב הבלתי נסבל בהם כיום על כל תוצאותיו השליליות", קבעה הוועדה (פיסקה 108). הוועדה אף המליצה, בין היתר, לסמן את הכפרים הבדואים הלא מוכרים במסמכי תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע כ-"יישובים במעבר" (סעיף 109).

55. כאמור, בתאריך 18.1.09 החליטה הממשלה לאמץ את העקרונות שהציעה ועדת גולדברג לפיתרון נושא תביעות הבעלות על הקרקע וההתיישבות של האוכלוסייה הבדואית בנגב (החלטה מס' 4411). בעקבות זאת, מונה צוות בין-משרדי שתפקידו לבחון דרכים ליישום המלצותיה של ועדת גולדברג. בראש הצוות עומד מר אהוד פראוור, ראש האגף לתכנון מדיניות במשרד ראש הממשלה.

56. התעלמות מוחלטת מהמלצות הוועדה ומההשלכות האפשריות של הכרה בכפרים הנמצאים על התוואי המוצע בתוכנית, שקולה להתעלמות משיקול ענייני ורלוונטי ואינה סבירה באופן קיצוני, וגם בכך נפל פגם מהותי.

אישור תוכנית המתאר הינה החלטה בלתי מידתית ובלתי סבירה

57. בנוסף לכל האמור לעיל ולחלופין, ואף אם יטענו המשיבים באופן היפותטי כי לקחו בחשבון את הפגיעה באוכלוסייה, את התחייבותם לבג"ץ, את ההליכים התכנוניים המקבילים שאמורים לתת

מענה להתיישבות הבדואים בשטח התוכנית ואת המלצות ועדת גולדברג, ובכל זאת החליטו לאשר את התוכנית – הרי שהיא אינה מידתית וחורגת במובהק ממתחם הסבירות.

58. העותרים כמובן יבקשו להרחיב בעניין זה, ככל שתינתן תשובה מטעם המשיבים, שכן עד עתה לא טרחו המשיבים להשיב תשובה עניינית לפנייתם. אך כבר עתה ניתן לומר כי קידום תוכנית העשויה לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אלפי בני אדם, להביא לפינויים מבתיהם, לפרק את קהילותיהם, לפגוע בקניינם ובעיסוקם; וכל זאת בלי לשתפם בהליך באופן יזום, לבחון חלופות מידתיות יותר, או להציע מנגנון פיצוי הולם, היא בלתי מידתית ובלתי סבירה באופן קיצוני.

59. גם אם התכלית של סלילת הכביש היא ראויה, ברי כי ישנם אמצעים שאינם פוגעים בצורה כה דרסטית בזכויות אדם חוקתיות כדי להגשימה, כמו מציאת תוואי חלופי, או פתרונות אחרים, שיצמצמו את הפגיעה בתושבים, באותו תוואי.

60. בנוסף, אישור התוואי המתוכנן במנותק מההליכים הפוליטיים והתכנוניים המקבילים לוקה בחוסר סבירות קיצוני. בעודם דורשים מן האוכלוסייה לשתף פעולה עם הליכי התכנון ועם ועדת גולדברג, ועוד בטרם התקבלה הכרעה סופית בהתנגדויות שהגישו תושבים רבים בכלל והעותרות בפרט, קובעים המשיבים עובדות בשטח שיסכלו את היכולת לממש החלטות עתידיות.

61. אין זה סביר לקבוע עובדות בלתי הפיכות בשטח, שעה שמתקיימים דיונים בנוגע לעתיד הכפרים המצויים לאורך תוואי הכביש. אף יש בכך לערער את אמון הציבור במוסדות השלטון ובכנות פעולתם. אם המשיבים מבקשים לקדם ברצינות פתרון מוסכם לסוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב – כפי שהם מתיימרים לעשות במסגרת הליכי התכנון של מטרופולין באר שבע ובמסגרת הליכי היישום של המלצות ועדת גולדברג - עליהם לכבד את התהליך ולא לקבוע עובדות בשטח, שמציגות את המשיבים בעיני האוכלוסייה כמי שלוקים במשוא פנים, אחד בפה ואחד בלב.

62. נוסף לכל האמור לעיל, כי אין כל שיקול נגדי כבד משקל נגד החזרת הנושא לבחינה מחדש של מוסדות התכנון, תוך שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים והחלופות השונות לתוואי שנבחר. מדובר בתוכנית שקידומה ממילא יארך זמן ממושך.

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים כמבוקש בראש עתירה זו.