

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3459/10

קבוע ליום 24.1.11

בפני השופטים גרוניס, ארבל וחיות

העותרים:

עטייה אלעתאמין ואח'

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'

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

בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים להימנע מלממש את התוכנית להארכת כביש 6 דרומה, בקטע 21 (מקטעים 2, 3 ו-4), שבין מחלף להבים למחלף הנגב - תוכנית מתאר ארצית 2/21/א/31, 2/21/א/31 ו-3/21/א/31 (להלן – התוכנית)

ואלה נימוקי הבקשה:

הרקע לבקשה

1. בעתירה זו התבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל התוכנית בשל פגמים מהותיים שנפלו בתהליכי עריכתה ואישורה, ובכלל זה התעלמות משיקולים רלוונטיים, כמו הפגיעה האפשרית באלפי אזרחים בדואים המתגוררים בכפרים לאורך התוואי, מהתחייבויות קודמות לבג"ץ, מההליכים תכנוניים מקבילים ומההמלצות של דוח הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדווים בנגב בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג, אשר פורסמו במהלך חודש דצמבר 2008 (להלן: **ועדת גולדברג**).

2. העתירה ובקשה זו מבוססות על חוות דעת מקצועית (ע/1), המצביעה על כך שהתוואי שאושר, ממחלף להבים למחלף הנגב, מתעלם מקיומם של מספר כפרים בדואים בשטח התוכנית. חלקם קיימים עוד מלפני קום המדינה וחלקם הוקמו מחדש במקומם הנוכחי בהוראת השלטונות בשנות החמישים והם מאוכלסים באזרחים שהינם עקורי פנים. חרף היותם כפרים היסטוריים, הם מעולם לא הוכרו על ידי הרשויות. בכפרים אלה מתגוררים אלפי תושבים, ומתקיימים בהם חיי קהילה כמו בכל ישוב אחר.
3. 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 וייוותרו ללא קורת גג ומבלי שיהיו בידיהם פתרונות התיישבות נאותים ומוסכמים.**
4. כמצוין בעתירה בהרחבה, חרף הפגיעה האפשרית המהותית והקשה באוכלוסייה הבדואית המתגוררת בשטח התוכנית, היא לא נלקחה בחשבון ולא נדונה באופן ראוי במוסדות התכנון. גם פנייה של עמותת במקום, העותרת 4, ליו"ר המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, שבה נטען כי תוואי הכביש בקטע 21 יפגע בצורה קשה בזכויותיהם של אלפי אזרחים בדואים המתגוררים לאורך התוואי לא נדונה, רק כי הוגשה לאחר הזמן שניתן לציבור להגיש השגותיו. המועצה לא ראתה לנכון להפעיל באופן עצמאי את שיקול דעתה ולא דנה בנושא. גם פנייה מטעם העותרים ליועץ המשפטי לממשלה לא גרמה לשינוי, והממשלה אישרה את התוכנית בלי לדון בהשלכותיה.
5. בעתירה נטען כי התוכנית תוביל לפגיעה קשה בזכויות אדם, ובמיוחד בזכויות החוקתיות לכבוד האדם, לקורת גג ולקניין. משמעות סלילת כביש 6 בתוואי המתוכנן היא פגיעה קשה ביותר בקהילה המתגוררת במקום עשרות שנים, חלקה עוד מלפני הקמת המדינה, ואילווצה להגר למקום אחר ללא דיור חלופי או פיצוי, ותוך הרס המרקם הקהילתי הקיים.
6. המשיבים לא שקלו את כלל השיקולים הרלוונטיים, כנדרש בחוק. השיקולים שעל מוסד התכנון לשקול אינם מתמצים בהיבטים הפיזיים של התוכנית אלא בשיקולים רחבים יותר, ובראש ובראשונה – רווחת האוכלוסייה המצויה בשטח התוכנית. אין מדובר בעניין פעוט, אלא בפגיעה מהותית ורחבת היקף באוכלוסייה שקיומה בשטח התוכנית ידוע היטב לרשויות התכנון. התעלמות המשיבים מהאוכלוסייה הבדואית בשטח התוכנית חמורה במיוחד לאור התחייבותם לשתף את התושבים הבדואים בהליכי התכנון ולדון בהסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב במסגרת התוכנית למטרופולין באר שבע. התוכנית נשוא העתירה התקבלה בטרם הוחלט מה היא תוכנה של תוכנית המתאר למטרופולין באר שבע. המשיבים גם לא לקחו בחשבון ולא נתנו משקל להמלצות ועדת גולדברג, ועוד בטרם הוחלט כיצד ליישם את המלצותיה כבר נקבעות עובדות בשטח.

7. העתירה הוגשה ביום 5.5.10 לאור אישור התוכנית על ידי הממשלה. ביום 13.5.10 הגיע למשרדי האגודה לזכויות האזרח מכתב מטעם היועץ המשפטי לממשלה (הנושא את התאריך 24.3.10). במרכז המכתב, בו נדחות טענות העותרים, נטען שלא הוגשו השגות במהלך התקופה בת 60 הימים שנועדה לכך, וכי לגופו של עניין נערכו פגישות עם הרשות להסדרת הבדואים. יש לציין כי רשות זו הינה רשות שלטונית, שאינה מייצגת בשום אופן את האוכלוסייה או האינטרסים שלה. כמובן שתשובה זו אינה נותנת מענה לטענות שהועלו בעתירה, לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת, וגם אם היה המכתב נשלח קודם להגשת העתירה, לא היה בו לשנות את עמדת העותרים.

העתק המכתב מצורף ומסומן באות א'.

8. ביום 1.6.10 שלח ב"כ העותרים מכתב לב"כ המשיבים, עו"ד אורי קידר, ובו מספר שאלות לגבי פעולות המשיבים לסלילת הכביש וזאת על מנת לבחון את הצורך בצו ביניים בעת זו.

9. ביום 5.8.10 התקבלה תשובת ב"כ המשיבים. ממנה עולה, כי מקטע 1 (שאינו נכלל בעתירה) עומד בפני קבלת תוקף סטטוטורי, אך אין בסלילתו כדי לסכל את האפשרות לשנות את התוכנית במקטעים 2-4 הנוגעים לעתירה. כמו כן נמסר, כי חברת כביש חוצה ישראל פועלת לקדם את ביצועו של מקטע 2 כמתוכנן וכבר החלה בתפיסת החזקה במקטע זה. במקטעים 3 ו-4, בהם עיקר הפגיעות, נמשך הליך התכנון ההנדסי. עוד נטען, כי במקטע 2 המיועד לסלילה בשלב הראשון אין מבני מגורים.

העתקי המכתבים מצורפים ומסומנים באותיות ב' ו-ג' בהתאמה.

10. אלא שבדיקה מעמיקה של מקטע 2 מעלה כי בשטח התוכנית במקטע זה קיימים **מעל שלושים מבנים**, באזור העיירה ליקיה והכפר אום בטין וגם באזור הכפר הבלתי מוכר אלמסעדיה, וההערכה היא שהם מהווים את מקום מגוריהם של כמאתיים בני אדם. סלילת הכביש תחייב את פינויים, בלי שנשקלו פתרונות חלופיים ופחות פוגעניים, ובלי שנשמעה עמדת התושבים ונציגיהם.

העתקי תצלומי אוויר מצורפים ומסומנים באותיות ד-ו'.

הטעמים לבקשה

סיכויי העתירה להתקבל גבוהים

11. סיכויי העתירה להתקבל גבוהים, משום שנפלו פגמים מהותיים בהליכים לעריכת התוכנית ולאישורה, וכי התוצאה של פגמים אלו הינה תוכנית פוגענית, שעלולה להביא לפגיעה מהותית וקשה בזכויות חוקתיות, להרס קהילות, ולפינוי של אלפי בני אדם מביתם, מבלי שנשמע קולה של האוכלוסייה ומבלי שניתנה הדעת על פתרונות חלופיים או פיצוי הולם.

12. גם בתשובה המאוחרת שניתנה למבקשים לאחר הגשת העתירה אין ולו טיעון מהותי אחד המתמודד עם הטענות העולות בעתירה.

13. יתר על כן, אחת הטענות שעלו בעתירה הייתה כי התעלמות מוסדות התכנון מהליכים מקבילים הנערכים לצורך הסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב מהווה פגם מהותי, שכן מוסדות התכנון התחייבו בפני בג"ץ להיפגש עם האוכלוסייה ולשתפה בהליכי התכנון של תוכנית המתאר למטרופולין באר שבע (תמ"מ 23/14/4), אך בעוד התושבים ממתניים להכרעות המועצה הארצית לתכנון ולבניה בהתנגדויות שהגישו לתכנית זו, נקבעות עובדות בשטח שיכשילו את האפשרות להסדיר את ההתיישבות.

14. טענה זו הוכחה כמוצדקת, שכן ביום 21.7.10 אישרה הולנת"ע שורה של תיקונים בתוכנית המתאר המחוזית למטרופולין באר שבע, שמשמעותם היא קבלת רבות מההתנגדויות של האוכלוסייה הבדואית. הולנת"ע קיבלה את המלצותיה של עו"ד תלמה דוכן, שמונתה לחקור את הנושא ולשמוע את ההתנגדויות של האוכלוסייה. בין היתר המליצה החוקרת להכיר ולהסדיר חלק מן הכפרים שנמצאים לאורך התוואי, כמו ביר אלחמאם, חשם ז'ינה, חרבת אלואטן, א-שהאבי וואדי אל נעם. גם לגבי ישובים שהוחלט לא להכיר בהם ולמסדם במסגרת התוכנית ישנה המלצה לפתרון במסגרת הישובים שיוקמו, למשל, לגבי ואדי אל משאש.

העתק דוח ההמלצות של חוקרת הועדה הארצית לתכנון ולבניה מצור ומסומן באות ז'.

15. החלטה זו כמובן מחזקת את הטענות בדבר הפגם המהותי שבקביעת תוכנית כה מרכזית, תוך התעלמות מהתוצאות האפשריות של ההליך התכנוני המקביל. התוכנית תשפיע על תושביהם של כפרים שבהליך תכנוני מקביל הוחלט למסדם, וזאת בלי שהתוכנית לסלילת הכביש לקחה בחשבון את הכפרים הללו ואת הפגיעה בהם ובתושביהם. כפרים אלו כלל לא היוו חלק מהתשתית העובדתית שעמדה בפני מוסדות התכנון ולא היה להם כל משקל בדיוני ובהחלטות המשיבים.

16. למשל, הכפר חשם ז'ינה על 1,400 תושביו, אשר על פי התוכנית המוצעת ייחתך לשניים על ידי רצועה ברוחב של למעלה מ-300 מ' ורבים מתושביו יפונו. הכפר נכלל בתוכנית המתאר למטרופולין באר שבע ככפר שניתן למסדו ולהכיר בו. אפשרות זו לא נלקחה בחשבון במסגרת הליכי התכנון, גם איש לא ראה לנכון להיפגש עם הועד המקומי ולידע אותו בצורה אקטיבית על קידום התוכנית. גם אם הכפר יוסדר בסופו של דבר מחוץ לשטח התוכנית, יש צורך לבחון את קצב התכנון והאפשרות למעבר מוסכם ומסודר של האוכלוסייה לשטח בו יוסדר מיקומו העתידי, ובכלל זה, את לוחות הזמנים לכל אחד מהמהלכים הללו. יש צורך לבחון את האפשרות של הכפר להתרחב בעתיד, כשהאוכלוסייה שלו תגדל, יש צורך לבחון את השלכות הכביש על שטחי החקלאות ומקורות הפרנסה, יש צורך לבחון את השלכות הכביש על קשרי הגומלין של הכפר עם סביבתו הקרובה והרחוקה וכיוצ"ב. כל זה לא נעשה והתוכנית קודמה כאילו השטח ריק מאדם.

17. לאור האמור גבוהים סיכויי העתירה להתקבל. הפגמים המהותיים בתוכנית נשוא העתירה מחייבים את פסילתה. קביעה זו אף מקבלת משנה תוקף נוכח החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבניה לאשר את תוכנית המתאר למטרופולין באר שבע תוך הכרה בכפרים הבדואים לאורך התוואי.

מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת העותרים

18. בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן סעד זמני הוא ישקול לעניין מאזן הנוחות את הנזק שייגרם לעותרים אם לא יינתן צו ביניים, אל מול הנזק שייגרם למשיבים אם יינתן הצו המבוקש. בגדר שיקול זה יבחן בית המשפט, בין השאר, את האפשרות שמא אי מתן הצו יסכל ואף ייתר את בירור ההליך העיקרי וכן יבחן את הצורך לשמור מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו.

19. בפסיקת בית המשפט העליון בולטת העובדה כי במקרים בהם הבקשה למתן צו ביניים עסקה במניעת עבודות במקרקעין, היוצרות שינוי מצב בשטח, ניתן צו הביניים כמבוקש, מחשש שעד שיסתיים ההליך המשפטי, יסתיימו העבודות במקרקעין ויהיה קשה מאד להחזיר את המצב לקדמותו.

למשל: בר"ם 5793/06 **דיאב נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נצרת** (מיום 20.9.06); בר"ם 2577/06 **מזרחי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה זמורה** (מיום 17.5.06); בר"ם 1190/06 **סנדל נ' מינהל מקרקעי ישראל** (מיום 18.5.06).

20. מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת העותרים, שכן כפי שעולה בבירור מחוות הדעת המקצועית ומהמפות המצורפות, סלילת הכביש במתכונתו הנוכחית תחייב פגיעה בקהילות החיות במקום עשרות שנים, פינוי אנשים מביתם ללא דיור חלופי, פגיעה בזכויותיהם של ילדים ובטובתם, פגיעה במבנים המהווים מקור פרנסה וסיכון רווחתה של האוכלוסייה המתגוררת בשטח התוכנית ובקרבתה.

21. סלילת הכביש במתכונת הנוכחית אף תגביל באופן בלתי הפיך את האפשרות ליישם את החלטות המועצה הארצית לתכנון ולבניה במסגרת תוכנית המתאר למטרופולין באר שבע, ולהסדיר מבחינה תכנונית את הכפרים הנמצאים בשטח התוכנית או בסמיכות לה. כמו כן, סלילת הכביש תפגע באופן בלתי הפיך באפשרות ליישם את המלצות דוח ועדת גולדברג.

22. המבקשים אינם מקלים ראש בחשיבות התוכנית ובאינטרס הציבורי בפיתוח תשתית תחבורה, אלא שהתוכנית אינה יכולה להתקדם בצורה הנוכחית, בלי שנשקלה השפעתה על האוכלוסייה הגרה בשטח התוכנית או בסמיכות לה. האינטרס הציבורי מחייב פיתוח מקיים של הנגב, המתחשב בזכויות האדם של כלל תושביו ובאינטרסים הסביבתיים. במדינה דמוקרטית אין מקום להכיר באינטרס ציבורי לפיתוח בכל מחיר, תוך רמיסת זכויותיה של קהילה מוחלשת, שתשלם את מלוא מחיר הפיתוח.

על ההכרה המשפטית בפיתוח "מקיים" או "בר קיימא" כאינטרס ציבורי בהליכי התכנון ר', למשל, עע"ם 9654/06 **החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה** (מיום 5.5.08, בפיסקה 8).

23. יתר על כן, הפגיעה שתיגרם בשלב זה מקבלת צו הביניים לאינטרס הציבורי היא קטנה. הארכת כביש 6 דרומה נוגעת לארבעה מקטעים. מקטע 1, מצומת מאחז לצומת להבים, שיתחבר לקטע הסלול של כביש 6, אינו נתקף בעתירה, והוא גם מקודם בתוכנית נפרדת (תמ"א/31/א/1/21), שטרם קיבלה תוקף סטטוטורי. העותרים אינם מבקשים לעצור את סלילתו של מקטע זה, במיוחד לאור אמירתם המפורשת של המשיבים כי לא יהיה בסלילתו של מקטע זה כדי לסכל את האפשרות לשנות את התוכנית במקטעים 2-4.

24. לגבי מקטעים 3 ו-4, בין צומת שוקת לצומת הנגב: במקטעים אלו מרוכזות הפגיעות הקשות ביותר באוכלוסיה הבדואית, לרבות פינוי אלפי בני אדם והגבלה מהותית של האפשרות ליישם החלטות שהתקבלו במסגרת תוכנית המתאר למטרופולין באר שבע ושל המלצות ועדת גולדברג. בנוסף, אין כרגע אינטרס ציבורי ממשי בסלילתם. לאחר דיון ארוך, החליטה הממשלה כי ישנם פרויקטים לאומיים דחופים יותר בתחום התחבורה, ואלו הושמו בסדר עדיפויות נמוך וטרם תוקצבו לביצוע (ע/16). לדברי ב"כ המשיבים, הליך התכנון ההנדסי בהם נמשך. לאור העובדה שקיימת תוכנית מפורטת בתוקף, לא יוכלו עוד העותרים לדעת מתי יחלו העבודות במקטעים אלו ולכן נדרש צו ביניים. ברי, כי בנסיבות אלו הנזק שייגרם לעת הזאת למשיבים או לאינטרס הציבורי ממתן צו ביניים הוא קטן, וממילא ככל שהנסיבות ישתנו סלולה הדרך למשיבים לשוב ולבקש שינוי של צו הביניים. מאזן הנוחות, אם כן, נוטה בבירור לטובת העותרים.

25. נותר מקטע 2, בין צומת להבים לצומת שוקת, אשר נתקף בעתירה. במכתבו של ב"כ המשיבים נאמר לגבי מקטע זה, כי חברת חוצה ישראל פועלת לקדם את תפיסת החזקה בקרקע, וכי בכוונתה להתחיל בבדיקות שונות. יוצא כי העבודות במקטע זה עשויות להתחיל בכל רגע. בניגוד לנטען במכתבו של ב"כ המשיבים, מוכיחים צילומי האוויר כי בשטח התוכנית במקטע זה קיימים מעל 30 מבנים, וההערכה היא שמתגוררים בהם כמאתיים בני אדם. המבנים נמצאים באזור העיירה לקיה והכפר אום בטין וגם באזור הכפר הבלתי מוכר אלמסעדיה. קידום העבודות ללא מתן צו ביניים יחייב פינויים וסילוקם, וזאת בלי שהעניין נשקל ובלי שקיים פתרון חלופי.

26. כמו כן, סלילת המקטע תגרום לפגיעה קשה בכפר הבלתי מוכר אלמסעדיה, בלי שנמצא פתרון לתושביו. יש לציין כי לפי החלטת ועדת המשנה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה מיום 21.7.10, את הכפר מסעדיה על 600 תושביו לא ניתן להסדיר מבחינה תכנונית במקומו הנוכחי בשל סיבות תכנוניות שונות. אולם יש לזכור, כי אם יתקבלו המלצות ועדת גולדברג, יוכרו גם אותם כפרים שהוחלט, כי לא ניתן להסדיר מסיבות תכנוניות. על פי המלצות ועדת גולדברג, לתושבי כפר בלתי מוכר שלא ניתן למסדו, כי המקום בו הוא ממוקם עומד בסתירה לתוכנית המתאר המחוזית, תינתן שהות של חצי שנה להודיע לרשויות על רצונם לעבור למיקום אחר (גולדברג, 112). לפי ההמלצות, הרשויות יאתרו מיקום מתאים "תוך התחשבות מרבית ברצון של תושבי הכפר, הן לעניין המיקום והן לגבי אופי הישוב החדש" (גולדברג, 113). לפי ההמלצות, טרם שייקבע המיקום החדש, תאפשר הרשות לתושבי הכפר להביע את עמדתם (גולדברג, 114).

עוד לא הוחלט כיצד ליישם המלצות אלו וכבר ממהרים המשיבים לקבוע עובדות בשטח ולהעלות את הבולדוזרים והמכבשים.

27. בנוסף על האמור, במקטעים הרלוונטיים קיימת מערכת כבישים ארציים המשרתת את כלל תושבי האזור, וסלילת הכביש החדש אינה מיועדת לתת מענה בעל דחיפות מיוחדת או לענות על צרכים מיידיים.

28. במאזן הנוחות, הפגיעה שתגרם לאוכלוסייה הנמצאת בשטח התוכנית ובסמיכות לה במקטע 2 היא פגיעה קשה. כמובן, אם המשיבים מייחסים חשיבות לקידום מקטע זה הם יכולים לתת דחיפות גם לקידום דיאלוג עם האוכלוסייה במקטע זה, ואם יהיו פתרונות מוסכמים סלולה בפני המשיבים הדרך לשוב לבית המשפט ולבקש את שינוי הצו או הסרתו בהתאם לנסיבות המשתנות.

29. תגובת ב"כ המשיבים, עו"ד אורי קידר, מובאת כלשונה: "מבלי לחוות דעה על הנטען בנוסח הבקשה, אנו נבקש להגיב לבקשה בנפרד, בהתאם להחלטת בית המשפט שתינתן".