

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-עג'ו 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 ג'יראח, 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

### עתירה למתן צו על תנאי ובקשה דחופה למתן צו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, לפיו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה מס' 1 ליתן טעם כדלקמן:

(1) מדוע לא תבוטל החלטתה מיום 18.1.04, הדוחה את ערר העותרים נגד החלטתה של ועדת המשנה להתנגדויות שליד הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה במחוז הדרום מיום 09/01/2003 בעניין תכנית 31/305/02/7 (להלן התכנית);

(2) מדוע לא תיתן הוראות על השלמת הפרטים הטכניים החסרים, כדי להביא לאישורה המיידית של התכנית במתכונת שאושרה ביום 05/03/2000;

(3) מדוע 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, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי שיורה למשיב מס' 2 ליתן טעם כדלקמן:

(4) מדוע לא ייעד את התכנית שאושרה עבור בני שבט אל-עוקבי.

### בקשה דחופה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד יתבקש להורות למשיבים 5-2 כדלקמן:

1. להפסיק לאלתר את עבודות פיתוח הקרקע, הנעשות בשטח המיועד לתוכנית מיתאר מס' 31/305/02/07 (להלן התוכנית); 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.

2. לפנות לאלתר את המבנים היבילים וכל מבנה אחר ו/או כלי עבודה ו/או כל אמצעי תעבורה המשמש להובלה, הנמצאים כעת בשטח התכנית.

### **ואלה נימוקי הבקשה:**

1. העתירה מוגשת נגד החלטת המשיבה 1 לדחות את הערר נגד הפיכת היישוב נשוא העתירה מיישוב, המיועד לאוכלוסייה הבדואית, ליישוב קהילתי עבור האוכלוסייה היהודית. הדיון האחרון בערר נערך ביום 1.1.04.

2. ככל הידוע לעותרים, יזמו המשיבים 2-5 ביחד ו/או לחוד, הם או מי מטעמם ביום שני 19.1.04 לפנות בוקר ו/או בסמוך לכך "מבצע" להקמת היישוב "גבעות בר", עוד בטרם נמסרה כל החלטה בערר לידי העותרים ו/או באת כוחם. ככל הידוע לעותרים, מפרסומים באמצעי התקשורת ומעדות ראייה, בוצעו בשעות הבוקר המוקדמות של 19.1.04 ו/או בסמוך לכך עבודות בשטח התכנית, במטרה לקבוע עובדות בשטח. למעלה מעשרה מבנים יבילים (קרוואנים) הוצבו בשטח ובוצעו עבודות לחיבורם לתשתיות מים, חשמל וביוב. מבנים אלה אינם מרוהטים. שר השיכון, אפי איתם, הגיע בצהריי אותו יום לטקס "חניכת היישוב", קבע מזוזות בקרוואנים במעמד נציגי המשיבות 4-5.

3. לעותרים נודע על הצבת המבנים אך ורק בשעות הבוקר ביום 19.1.04 מאמצעי התקשורת. בפרסומים אלה נאמר, כי הצבת המבנים באישון לילה נעשתה בכוונה ונועדה לקבוע עובדות בשטח ולסכל את יכולתם של העותרים לפנות לערכאות משפטיות ולמצות את זכויותיהם לפי כל דין.

העתק תמליל הידיעה בחדשות 7:00 של רשת ב' מצורף ומסומן ע/1

4. כל עוד לא נמסרה לעותרים כל החלטה על דחיית הערר, הרי שאסור היה למשיבים לקבוע עובדות בשטח המסכלות החלטה המקבלת את הערר. המשיבה 1 אף הביעה עמדתה בדיון הראשון בערר מיום 15.9.03 ש"כאשר מכוח החלטת בית משפט אנחנו מקיימים ערר אז אין לקבוע בשטח באותו זמן עובדות שאינן מאפשרות את קבלתו של הערר." בעת הצבת המבנים בשטח לא התקבלה אצל העותרים ו/או באת כוחם

כל החלטה בערר נגד התכנית. על כן, לא יכלו העותרים ו/או מי מטעמם לפנות לערכאות המשפטיות המתאימות ולמנוע מבעוד מועד "השתלטות" המשיבים 2-5 ביחד ו/או לחוד בעצמם ו/או מי מטעמם על הקרקע וקביעת עובדות מוגמרות בשטח.

5. חמור מכל, הצבת המבנים נעשתה בניגוד לחוק התכנון והבניה ובטרם קיבלה התכנית אישור כדן. סעיף 119 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 קובע ש"תחילתה של תכנית, שאושרה לפי סימן זה, היא בתום חמישה עשר ימים מיום פרסום הודעה ברשומות או בעתון על דבר אישורה, לפי המועד שבו פורסמה ההודעה האחרונה." לפי המידע העדכני שבידי העותרים, ההחלטה לדחות את הערר נגד התכנית התקבלה רק ביום 18.1.04 ונמסרה למינהל התכנון רק ביום 19.1.04. ככל הידוע לעותרים ההודעה בדבר אישור התכנית - לאחר דחיית הערר - טרם פורסמה ומכל מקום לא עברו אותם 15 ימים, שלפני סיומם התכנית אינה תקפה. על כן, לא יתכן שבידי המשיבים 2-5 ו/או מי מטעמם היו ההיתרים לביצוע אותן עבודות ולהצבת המבנים בשטח התכנית.

6. המסקנה המתבקשת היא שהמשיבים 2-5 ו/או מי מטעמם רמסו את שלטון החוק וממשיכים לרמוס אותו ברגל גסה, כאשר הם פועלים בחוסר סמכות ובניגוד לחוק. המשיבים 2-5 אחראים על ביצוע עבודה ללא היתר ותוך הפרת חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, והתקנות שהותקנו על פיו.

7. המשך בצוע העבודות על ידי המשיבים ו/או מי מטעמם מהווה הפרה של חוק התכנון והבניה על ידי רשות, החייבת לפעול על פי החוק, ומחייבת להורות להם למנוע כל פעולה בשטח שאינה מתיישבת עם זכות העותרים למצות את ההליך המשפטי בעניינם. כמו-כן, מחייבת להורות למשיבים 2-5 לפנות את המבנים היבילים וכלי העבודה מהשטח.

8. על פי חוק התכנון והבניה והתקנות שהותקנו על פיו, אין לבצע כל עבודה בשטח התכנית נשוא עתירה זו, עד שהתכנית תקבל תוקף לפי סעיף 119 לחוק התכנון והבניה ולאחר הוצאת היתרי בניה מכוח החוק לביצוע אותן עבודות. ככל הידוע לעותרים, הוצאו היתרי בניה לעבודות עפר לאחר דחיית ההתנגדות בוועדה המחוזית לתכנון ובניה. מכל מקום, משהוגש הערר לא ניתן היה להסתמך שוב על אתם היתרים. המקום להוציא היתרים לביצוע עבודות כלשהן בשטח התכנית הוא אך ורק בתום אותם 15 ימים מיום פרסום ההחלטה בדבר דחיית הערר, כפי שקובע החוק. בכל אופן, וככל הידוע לעותרים, היתרים אלה לא התירו הצבתם של מבנים יבילים

בשטח התכנית. מקל וחומר שאסור לאכלס את המבנים הלא חוקיים הללו בטרם התקבלו כל האישורים לכך מטעם מוסדות התכנון.

9. אם לא יוצא צו בינים מייד נגד המשיבים, ישתנה המצב הקיים בשטח התכנית באופן שעלול לפגוע בסיכויי העותרים להתיישב במקום, אם וכאשר יתקבלו טענותיהם.

10. במאזן הנוחות שבין הצדדים, הימנעות מהוצאת צו בינים מייד נגד המשיבים תגרום לעותרים נזק בלתי הפיך; היישוב נשוא התכנית יאוכלס ע"י אוכלוסייה יהודית, והעובדות ייקבעו בשטח באופן שיקשה מאוד על יישום החלטה, המקבלת את עתירתם. לעומת זאת, הוצאתו של צו הביניים תמנע המשך ביצוע פעולות בלתי חוקיות ע"י המשיבים 2-5. הפגיעה באינטרסים המוגנים של המשיבים עם הוצאת צו הביניים אינה בלתי הפיכה ומכל מקום נזקיהם נגרמו להם באשמתם ועל ידם, עת בחרו לפעול בניגוד להוראות החוק ולכללי השלטון התקין.

11. נודעת חשיבות מיוחדת להוצאת צו ביניים בדחיפות, משום שהמשיבים 2-5 הוכיחו שאינם בוחלים בשום אמצעי כדי לקדם את מטרתם, כולל אמצעים לא חוקיים. העובדה שהתחילו להציב מבנים בשטח התכנית, שחנכו את היישוב במעמד המשיב 2 בטרם יבשה הדיו מעל ההחלטה לדחות את הערר ומכל מקום בטרם נמסרה ההחלטה לעותרים ובטרם פורסמה ואושרה כדין תכנית המתאר מוכיחה שללא הוצאת צו ביניים בבהילות הרי שימשיכו לקבוע עובדות בשטח בניגוד לסדרי מנהל תקין.

12. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות בדחיפות על הוצאת צו ביניים כמבוקש.

## ואלה נימוקי העתירה:

### מבוא

1. עתירה זו עניינה אפליה בהקצאת משאבי קרקע לבדואים בנגב, מקומם של שיקולי צדק חלוקתי ושוויון במוסדות התכנון וכן יחסי הגומלין בין מדיניות וסמכויות הממשלה לבין סמכויות מוסדות התכנון. 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 ללא 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 שיחי סלימאן מוחמד אל-עוקבי, שיחי שבט אל-עוקבי.

4. העותרים 2-5 הם חברי הוועד המקומי של שבט אל-עוקבי, והם מבקשים להתיישב בישוב נשוא התכנית. העותרים מייצגים הן את בני שבט אל-עוקבי המתגוררים בישוב הבלתי מוסדר ליד חורה והן משפחות נוספות מבני השבט המבקשות להתאחד אתם ולהתגורר יחדיו בישוב קהילתי-חקלאי בנגב. מעתירה זו הושמטו שמוותיהם של חלק מהעוררים שהגישו את הערר, משום שנבצר מהח"מ להשיג ייפוי כוח לייצגם, בשל הדחיפות שבהגשת העתירה. יודגש כי העותרים 1-5, הם עוררים בערר שהוגש נגד התנגדותם לתכנית המתאר המקומית, שנדחה ע"י המשיבה 1.

5. העותרת מס' 6, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הנה עמותת 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 עמותת 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 הוועדה 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.
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 ושותפה בהקמת היישוב נשוא התכנית.
11. משיבה מספר 5 הינה הגוף שהחל לפעול ולבנות בשטח נשוא ההתנגדות.

## **העובדות**

12. העותרים 2-5 נמנים על בני שבט אל-עוקבי, שישב באזור אל-עראקיב שבנגב במשך מאות שנים, קרי בשטח התכנית או בסמוך לכך. 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 ובתיים תוך 6 חודשים. בנוסף הובטח להם, שהאזור שהוקצה זמנית למגוריהם ולמחייטם הזמניים יהיה בהיקף זהה לאדמות השבט. למרות ההבטחות, הוקצו להם קרקעות בהיקף מצומצם ביותר ולא אפשרו להם לחזור לבתיים ולאדמות שבבעלותם 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 כל אמצעי פרנסה חלופי.
13. בעוד לאוכלוסייה היהודית החיה בנגב היצע מגוון של צורות התיישבות ובכללן יישובים חקלאיים, הצעות המגורים היחידות שקיבלו בני השבט היו הצעות להתגורר בשתיים

מתוך שבע העיירות שהוקמו במטרה לרכז בהם אוכלוסייה בדואית מהנגב, ולא התקבלו בקשותיהם להתגורר ביישוב חקלאי עצמאי.

14. 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 ו/או מצאצאיהם מחוסרי דיור.

15. בשנת '98 פעלו מוסדות התכנון השונים להכנתה ולאישורה של תכנית מתאר חדשה (תכנית מתאר 31/305/02/7) (ולהלן - "התוכנית"), המיועדת להקמת ישוב בדואי. כוונת הרשויות הייתה לממש נקודת יישוב, שאושרה במסגרת תכניות קודמות, על מנת ליישב במקום את בני שבט תראבין אל-סאנע, הנמצא במצב דומה למצבו של שבט אל עוקבי. התנגדויות 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.

16. בתחילת יוני 2000, פנו נציגי שבט אל-עוקבי אל ראש הממשלה ואל שרי ממשלה וגורמים נוספים, בבקשה כי יאושר להם להתיישב במקום, שתוכנן באופן מקורי 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/2ב

העתק המכתב אל מזכיר המועצה הארצית לתכנון ולבניה מצורף ומסומן ע/3



17. בעקבות פניותיהם ופגישות שהתקיימו עם עוזר שר התשתיות, הופנו אל "המנהלה לקידום הבדואים" הפועלת במסגרת המשיב 3 במגמה למצוא פתרון לשוב קבע במסגרת התוכנית. בישיבות שהתקיימו עם יו"ר המנהלה הועלתה על ידי נציגי התושבים הבקשה לעבור לשוב קבע 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 ובניה, מצורף ומסומן ע/4

18. ביום 9.12.02 פנתה עו"ד בלה 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 לשוב קבע עבור בני השבט. בתשובה מיום 16.12.02 מסר מר חיים פיאלקוף, 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/5  
העתק תשובתו של מר פיאלקוף מצורף ומסומן ע/6

19. לתדהמת העותרים נודע להם, שלא זו בלבד שהתוכנית לא בוטלה, אלא שהוגשה בקשה ע"י המשיב 2 וגורמים נוספים לשינוי התוכנית ולהסבתה לשוב כפרי, המיועד לאוכלוסייה היהודית. מבירור שערכו העותרים עלה, כי הוועדה 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.

20. 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/7

21. בעקבות פרסום המודעה הגישו העותרים 1-5 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/8

22. 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.

23. לפני שהתקבלה החלטה בעניין ההתנגדות, וללא היתר בניה הולם, הוחל בביצוע עבודות בשטח הישוב, בין השאר ע"י המשיבים 2-4. לאחר שהוגשה עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע (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/9

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

העתק ההחלטה מצורף כנספח לכתב הערר (ע/12)

25. בתאריך 30.1.03 הגישו העותרים בקשת רשות ערר על החלטת הוועדה המחוזית, על פי סעיף 110(ב) לחוק.

העתק הבקשה מצורף כנספח לכתב הערר (ע/12)

26. בקשת רשות הערר נדחתה על ידי יו"ר הוועדה המחוזית ביום 5.2.03.

העתק ההחלטה מצורף כנספח לכתב הערר (ע/12)

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

28. ביום 6.3.03 הגישה עוה"ד בלהה ברג בשם העותרים עתירה מינהלית בבית המשפט לעניינים מינהליים בב"ש 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 בהעדר 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 כנספח לכתב הערר (ע/12)

העתק הדוח של ד"ר יצחק ביילי מצורף ומסומן ע/10

29. ביום 9.3.03 הוצא צו ביניים בעתירה, במעמד צד אחד, המונע ביצוע עבודות פיתוח הקרקע ו/או כל עבודות 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 על תנאי, 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. 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/11

30. 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 כנספח לכתב הערר (ע/ 12)

31. ביום 6.7.03 הגישה עו"ד בלהה ברג ערר למשיבה 1 נגד החלטת ועדת המשנה להתנגדויות שליד הוועדה 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.

העתק כתב הערר - על נספחיו - מצורף ומסומן ע/ 12  
העתק חוות הדעת התכנונית של עמותת במקום מצורף בנפרד ומסומן ע/ 12

32. ביום 15.9.03 התקיים דיון בפני המשיבה 1, אך לא הסתיים בשל התמשכות הטיעונים. בתום הדיון הביעה יושבת ראש הוועדה 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 ועבודות תשתית, המתאימות להוראות שתי התכניות.

33. לאחר הדיון הראשון בערר נפגשו נציגי העותרים עם יושב ראש המועצה האזורית בני שמעון ועם ה"ה יעקב כץ, מנהל המינהלה לקידום הבדואים, ודודו כהן, הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים ויו"ר הוועדה 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. 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. 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 מחודשת בבחירות המוניציפליות, שנערכו בין הדיון הראשון לשני בערר.

העתק התגובה מיום 23.12.03 מסומן ומצורף ע/ 13

34. 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 הישוב 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.

35. 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.

36. 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 ההחלטה, 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/ 14

37. בסביבות השעה 11:20 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 2 שהוא 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/ 15

38. 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/ 16

39. 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/ 17

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

### הנימוקים לדחיית הערר:

41. 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.

42. 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, כן גובר משקלה של החובה להפעיל את שיקול 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 ובהעדר 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.

43. 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**

44. בתמצית יטענו העותרים, כי החלטת המשיבה 1 לדחות את הערר נגד החלטת ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה 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**

45. ההסבר המרכזי לדחיית התנגדות העותרים בפני ועדת המשנה להתנגדויות, שליד הוועדה 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, הינו פעולות הנמצאות 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.

46. תשובות הוועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז הדרום, וועדת המשנה להתנגדויות שליד הוועדה 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.

47. 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 אותו, וגם במצב ההפוך, משלא החליטה הממשלה על הקמת יישוב, עדיין רשאים מוסדות התכנון לשקול את הקמתו"

48. 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 ממחדלם של מוסדות התכנון.

49. 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.

50. 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 שיקול הדעת בפתיחות, לאור טיבו השיפוטי של ההליך... (ר' בג"ץ 701/81 מלאך ואח' נ' הוועדה המחוזית ירושלים, פד"י לו(3)1)".



51. 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.

52. 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 הימנעות מאישור מדיניות, שמרחיבה פערים ופוגעת בשוויון בהקצאת משאבים ובמיוחד משאבי קרקע בין תושבי המדינה.

53. 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.

54. מסקנה זו חמורה שבעתיים כאשר מוסדות התכנון נסמכים נסמכת 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.

55. 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.

56. 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

57. 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).

58. 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 **פורז 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).

59. 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.

60. 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.

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

62. 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.

63. המשיבה 1 בהחלטתה לדחות את הערר הכירה באפלייתם לרעה של העותרים 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 חילוניות - 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.

64. 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).

65. 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.

66. 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, המשועות לפתרונות מגורים ותעסוקה המתאימים לצרכיהם ורצונותיהם.

67. 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 פתרוננו 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, ולא מפרשת את הטעם לטיפול השונה והמפלה בשתי האוכלוסיות.

68. 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 חילוניים, 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.

69. חשוב להדגיש, שעתירה זו מוגשת בשם של בני שבט אל-עוקבי, המבקשים שתיועד להם אותה תכנית, שאושרה בעבר עבור אוכלוסייה בדואית. בדואים אחרים לא ביקשו להתיישב ביישוב הזה ולא ניהלו מגעים ארוכים וממשוכים עם נציגי השלטון להתיישב ביישוב. הרוב המכריע של האוכלוסייה הערבית הבדואית בנגב המתגוררת 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. 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.

70. התוצאה אליה הגיעה המשיבה מס' 1 היא אבסורדית! מחד גיסא היא מסכימה, שבני אל-עוקבי מופלים 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, שהוכחו מצוקת דיור קשה מנשוא, נשלחים לחפש פתרונות במסגרת תכנית מתאר מחוזית, שטרם הופקדה לאישור, באופן המאריך את סבלם ואת קיפוחם עוד שנים רבות נוספות.

71. 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 לוועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז דרום על מנת שזו תבחר מי תהיה האוכלוסייה הבדואית שתאכלס את היישוב.

72. מכל מקום, ראייה תכנונית כוללת הייתה מחייבת לשקול את צרכי כלל האוכלוסייה במחוז, יהודים כערבים, ולייעד את היישוב נשוא התכנית לאוכלוסייה הנוזקת 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.

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

### חוסר סבירות

74. 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 של תכנוניים, מנהליים וציבוריים כגון: החובה לשקול את צרכי האוכלוסייה, מצוקת הדיור הקשה של העותרים, החובה לתת משקל כבד לשיקולים של שוויון, 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.

75. 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-3 בכתב הערר, קרי "לבטל את החלטתה של ועדת המשנה להתנגדויות שליד הוועדה 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."

76. התוצאה המתבקשת מהחלטה, המקבלת את הטענה העקרונית בדבר אפליה וקיפוח לאורך למעלה של 50 שנים של האוכלוסייה הבדואית בנגב, ובכלל זה אפלייתם של בני שבט אל-עקבי, ביחס לאוכלוסייה היהודית לא היתה מובילה לאישור שינוי ייעוד

האוכלוסייה של הישוב נשוב התכנית מאוכלוסייה בדואית לאוכלוסייה יהודית אלא אם נתקבלה על סמך שיקולים זרים ובחוסר סבירות קיצוני.

77. יתרה מזאת, הערר נגד אישור שינוי התוכנית הוגש ע"י העותרים, בני שבט אל-עוקבי הסובלים ממצוקת דיור קשה, 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.

78. 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

79. 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.

80. 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, אינו נובע, ככל הנראה, מצרכים ושיקולים תכנוניים גרידא, שכן לפיהם אין ספק בנכונות האיתור כנקודת ישוב עבור האוכלוסייה הבדואית.

81. כפי שמפורט בחוות הדעת של עמותת במקום (כנספח ע/ 112ב), 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.

82. לעומת זאת הקמתו של ישוב עבור האוכלוסייה הבדואית באיתור המוצע בתכנית הנדונה מבטאת את הפתרון התכנוני לצרכיו המידיים והדחופים של בני שבט אל עוקבי.

83. 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.

### **פגמים דיוניים וטענות נגד ההליך התכנוני**

84. 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 כדלקמן:

85. 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 ועדת התכנון. העובדה שהחוק קבע דרך לבטל תוכנית או לשנותה נועדה לאפשר לאזרחים, שטוענים לפגיעה כתוצאה מהחלטה 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 ליזום שינוי בהחלטה. לא יתכן ששנתיים לאחר קבלת ההחלטה על ההתנגדויות תיזום הוועדה שינוי לתוכנית בהתעלם מהמועד הקצוב לה בסעיף 11(ד).

86. ההודעה על שינוי התוכנית מיישוב בדואי לישוב 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.

87. 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).

88. שינוי מהותי של תוכנית צריך להיעשות באופן זהה לדרך בו 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.

### הרכב המשיבה 1

89. 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 ובניה 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.

90. פרשנות זו בטעות יסודה, כפי שציינו 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 הוועדה 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.

91. 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).

### **פגמים בהחלטה**

92. ולבסוף, ההחלטה בערר שהגיעה לידי העותרים חתומה אך ורק בידי המשיבה 1, עוה"ד דלית דרור, בתאריך 18.1.04. לא ברור לעותרים כלל האם זוהי דעת יחיד של המשיבה 1 והאם ההחלטה התקבלה על דעת שאר חברי הוועדה, או שמא היו בה דעות שונות. הגוף המוסמך לקבל החלטות בערר הוא המשיבה 1 שהרכבה נקבע מראש. **ההחלטה שנתקבלה על ידי יו"ר ועדת המשיבה 1 בלבד אינה בגדר החלטת הגוף המוסמך ועל כן היא חסרת תוקף חוקי.**

## סמכות בג"צ

93. לבית משפט נכבד זה הסמכות לדון ולהכריע בעתירה זו, גם לאחר חקיקת חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000. עם הענקת הסמכות לבית המשפט המנהלי לדון בעניינים של תכנון ובניה לא נשללה סמכותו של בית המשפט נכבד זה לדון ולהכריע בעניינים כאלה, אם בשל החשיבות הציבורית של העניין ואם בשל טעם אחר (בג"צ 4381/97 מייזליק ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקווה ואח', (טרם פורסם), בג"צ 1921/94 סוקר ואח' נ' הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237, עמ' 247-248).

94. עתירה זו מעלה בעיות משפטיות חדשניות, שטרם הוכרעו, כגון: עצמאות שיקול הדעת של מוסדות התכנון ויחסי הגומלין בין הסמכות השיורית של הממשלה להחליט על הקמת יישובים חדשים לבין סמכות מוסדות התכנון לקבוע את הצורך בהקמתם, מיקומם וסוגם (מבחינת אוכלוסיית היעד שלהם). בית משפט נכבד זה מתבקש לפתח את הדין בעניין נשוא העתירה.

95. בעתירה זו אין מחלוקת עובדתית בין הצדדים, והשאלות הדורשות הכרעה הינן סוגיות משפטיות, שלבית משפט זה הסמכות והמומחיות להכריע בהן. כמו-כן, עתירה זו במהותה לא מעלה מחלוקות אזרחיות בין צדדים, שמוסדות התכנון הם גורם שולי בהם. נהפוך הוא. בעתירה זו מתבקשת לכרעה בשאלות הקשות של מעמדם, סמכויותיהם ועצמאות שיקול דעתם של מוסדות התכנון ביחס להחלטות ממשלה, סוגיה שכל כולה מתחום המשפט הציבורי.

96. חשוב מכל, הסוגיות המועלות להכרעה בעתירה זו מעלות עניין עקרוני בעל חשיבות ורגישות ציבורית גבוהה, שמן הראוי שיוכרע ע"י בית משפט נכבד זה.

**לאור כל האמור לעיל מתבקש בית משפט נכבד זה להוציא צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש, ולהופכו למוחלט לאחר קבלת תשובת המשיבים**

---

באנה שגרי-בדארנה, עו"ד  
ב"כ העותרים