

מדינת ישראל
משרד הפנים
המועצה הארצית לתכנון ולבנייה
ועדת משנה לעררים

27 ספטמבר 2012

תכ 28604-2012

לכבוד

חברי הוועדה:

גב' מיכל ברדנשטיין, עו"ד – יו"ר ועדת המשנה לעררים נציגת שר המשפטים
מר דוד פילזר-מ"מ מנהלת מינהל התכנון-נציג משרד פנים
מר נחום פלד- בעל הכשרה מקצועית בענייני תכנון ובניה- נציג שר השיכון
מר שחר סולר- נציג השר להגנת הסביבה

העוררים:

במקום- מתכננים למען זכויות תכנון – ע"י סזאר יהודקין
עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל – ע"י סוהאד בשארה

המשיבים:

הוועדה המחוזית לתו"ב- מחוז הדרום
הוועדה המקומית לתו"ב – מיתר
מינהל מקרקעי ישראל – מחוז הדרום

שלום רב,

הנדון: החלטה בתכנית מס' 15 / 02 / 107 ישוב פרברי חירן
(ערר 12/12)

מצ"ב החלטת ועדת המשנה לעררים מיום 24.9.12, חתומה בידי היו"ר.

הדיון התקיים ביום 11.9.12.

בברכה,
שולמית שפיר-שאלח
ב/ שלומית חן
מרכזת ארצית לעררים

העתקים:

אדרי אליסיה סיבר- מתכנתת מחוז הדרום
אדרי עלי פורטי- סגן מתכנתת – מחוז הדרום
גבי יפה אפרתי- לשכת התכנון המחוזית – מחוז הדרום
עו"ד דינה ירום רייזנר- יועצת משפטית לוועדה המחוזית לתו"ב- מחוז הדרום
גב' מיכל בוגין- מינהל התכנון

המועצה הארצית לתכנון ולבנייה ועדת המשנה לעררים

ערר 12/12

- העררים:**
1. הנא עטווה אבו אלקיעאן ו-63 אח'
 2. עמותת במקום – מתכננים למען זכויות תכנון
כולם ע"י ב"כ עו"ד סוהאד בשארה, מרכז עדאלה
ומר סזאר יהודקין, מתכנן ערים, עמותת במקום

נ ג ד

- המשיבות:**
1. הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז דרום
ע"י ב"כ עו"ד דיינה ירום-רייזנר
 2. הועדה המקומית לתכנון ולבנייה מיתר
 3. מנהל מקרקעי ישראל
על ידי עו"ד אמיר ביידא

הדיון התקיים ביום 11.9.12 בפני חברי ועדת המשנה לעררים: עו"ד מיכל ברדשנטיין, יו"ר; מר נחום פלד;
מר דויד פילזר; מר שחר סולר

החלטה

תכנית מתאר מס' 107/02/15 ישוב פרברי חירן

זוהי החלטה בערר שהוגש על החלטת המשיבה 1, הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז דרום (להלן: **הוועדה המחוזית**) בישיבתה מיום 5.12.11, שבה הוחלט לדחות את ההתנגדויות העוררים ולאשר את תוכנית מס' 107/02/15 - ישוב פרברי חירן (להלן: **התוכנית**).

הערר הוגש כערר ברשות בהתאם להוראת סעיף 110(א)(2)(ב) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה – 1965 (להלן: **החוק**).

א. רקע עובדתי**כללי**

1. יזם התכנית הינו המשיב 3, מינהל מקרקעי ישראל (להלן גם: **המינהל**).
2. עניינה של התוכנית המוצעת הינו בהקמת ישוב פרברי חדש בשם "חירן" באזור יער יתיר, המצוי עתה בתחום המוניציפאלי של מיתר. הישוב החדש מתוכנן כחלק מאשכול ישובים בעלי אופי דומה באזור צומת שוקת, הנמצאים בשלבים שונים של תכנון ופיתוח, כולם במסגרת תכנית האב החדשה של מטרופולין באר שבע, וביניהם, מיתר, כרמית ויתיר.
3. ההחלטה על הקמת הישוב החדש חירן התקבלה בהחלטת הממשלה מיום 21.7.02, אשר עסקה בהקמת יישובים חדשים בנגב הצפוני. ההחלטה התקבלה על בסיס עבודת ועדת היגוי למטרופולין באר שבע, אשר בחנה את נושא הקמתם של יישובים חדשים במטרופולין – יישובים לפזורה הבדואית ויישובים לאוכלוסייה הכללית כאחד.
4. בהמשך להחלטת הממשלה, קודם שינוי 27 לתמ"מ 14/4, תכנית מתאר מחוזית מחוז הדרום – ישוב פרברי חירן (להלן: **תמ"מ 27/14/4**), אשר פורסמה למתן תוקף ביום 21.5.03. מטרת תמ"מ 27/14/4 הייתה לקבוע אזור בינוי פרברי להקמת היישוב החדש חירן, והיא קבעה בסמל את מיקום הישוב החדש והורתה כי גבולות הישוב החדש יקבעו בתכנית מקומית.
5. היישוב חירן סומן בסמל יישוב פרברי גם בשינוי 23 לתמ"מ 14/4, תכנית מתאר מחוזית חלקית למטרופולין באר-שבע (להלן: **תמ"מ 23/14/4**), אשר פורסמה למתן תוקף ביום 8.8.12, ואשר מהווה תכנית לאזור מטרופולין באר שבע.
6. התכנית המוצעת, שהיא תכנית מתאר לישוב, קודמה, אם כן, בהמשך לתמ"מ 27/14/4 והיא תואמת אותה.
7. התכנית משתרעת על שטח של כ- 3,462 דונם, כולם עברו הליכי הסדר והם רשומים על שם מדינת ישראל, החל משנות ה-80 של המאה הקודמת.
8. התכנית מייעדת שטחים ליעודים של אזור מגורים, שטח למבני ציבור, שטח לדרך, שטח למוסד, ושטח לשימושים מעורבים. היקף הבנייה המתוכננת בישוב המוצע הינו כ-2,400 יחידות דיור צמודות קרקע עם יעד אוכלוסייה של כ-10,080 תושבים לשנת 2030. יעודי הקרקע המוצעים בתחום התכנית תואמים לצרכי הישוב החדש: אזורי מגורים שונים, שטחים למבני ולמוסדות ציבור, מסחר, תעשייה, בית עלמין, מתקנים הנדסיים, שטחים פתוחים שונים, ובכללם פארק נחל, יער ופארק טבע עירוני.
9. התכנית מהווה תכנית מתאר לישוב, כאמור, ומגדירה 4 שלבי פיתוח, תוך קביעת הוראות ברמה של תכנית מפורטת לשלב א' של הפיתוח לפיתוח מיידית. התכנית המפורטת לשלב א' כוללת הקמה של 613 יח"ד, הוראות בדבר תכליות ושימושים, אחוזי בנייה, קווי בניין, גובה בנייה ומספר קומות, הנחיות

ועיצוב אדריכלי, הוראות לביצוע תשתיות, הוראות לשמירה על הנוף ואיכות הסביבה וכן קביעת תנאים להוצאת היתר בנייה. ביחס לשלושת שלבי הפיתוח הנוספים – שלב ב', הכולל 827 יח"ד, שלב ג', הכולל כ-480 יח"ד ושלב ד', הכולל כ-480 יח"ד - קובעת התכנית הוראות בדבר הכנת תכניות מפורטות, תנאים לפיתוח השכונות ומערך הדרכים.

10. פרט לאמור, התכנית מייעדת להריסה כ-50 מבנים, שהוקמו שלא כדין (להלן: **המבנים**), ואשר בהם או בחלקם גרים העוררים, בני השבט הבדואי אבו אלקיעאן. הערר דן מוסב נגד הוראה זו.

11. בני השבט הבדואי אלקיעאן מתגוררים בכפר בדווי בלתי מוכר בשם עתיר/אום אלחיראן (להלן: **הכפר**), המונה כ-1,000 איש, אשר מתפרש על פני שטח שבחלקו מצוי בתחום התכנית המוצעת, וביתרתו מחוץ לגבולותיה, וממוקם באזור נחל יתיר, משני צידי כביש מס' 316, מצפון-מזרח ליישוב הבדואי המוכר והמוסדר חורה. הכפר מורכב משני מתחמים מרכזיים - אום אלחיראן ועתיר - כשבכל מתחם מתגוררים כמחצית מהתושבים.

12. מתחם **עתיר** מצוי נמצא מדרום לדרך מס' 316 והוא מחוץ לגבולות התכנית המוצעת, כאמור, במרחק של כ-1 ק"מ מזרחה לה. מדובר במתחם שבו מקבץ מגורים מגובש אחד, בן כ-60 משפחות (כ-550 תושבים), והוא הגדול מבין שני המתחמים. עניינו של מתחם עתיר אינו נוגע לערר דן.

13. המתחם השני, **אום אלחיראן**, מצוי בחלקו הגדול בתוך גבולות התכנית המוצעת, והוא נמצא כ-1 ק"מ ממערב למתחם עתיר, ומצפון לדרך מס' 316. בניגוד למתחם עתיר, שם כאמור קיים מקבץ מגורים אחד ומגובש, מתחם אום אלחיראן כולל מקבצי בתים המפוזרים על פני שטח גדול, על אף כמות האוכלוסייה הקטנה שיושבת בהם, ואשר מונה כ: 50-40 משפחות (450 תושבים).

המתחם אינו מתוור לתשתיות בסיסיות של מים, חשמל וכו', ותושביו צורכים שירותי חינוך, בריאות רווחה וכיוצ"ב ביישוב חורה, ישוב בדואי מוכר ומוסדר, כאמור, המצוי במרחק של כ-5 ק"מ דרומית-מערבית הימנו.

14. מקבצי מתחם אום אלחיראן המצויים בתוך גבולות התכנית המוצעת ליישוב חירן, כוללים כ-50 מבנים, מתוכם, כ-40 בתים ממוקמים בשטח שלגביו נקבעו בתכנית הוראות של תכנית מפורטת ליעוד מגורים (שלב א' בתכנית, כאמור), ואילו יתרת המבנים מצויה בשטחים המיועדים בתכנית כשטחים ציבוריים ויער מוצע. שאר המבנים שנבנו בשטח מקבצים אלה מצויים מחוץ לגבול התוכנית אם כי בסמוך לה. לא ברור, האם כל המבנים משמשים למגורים או שחלקם אינם אלא מבנים חקלאיים המשמשים לבעלי חיים ולאסמים. כל המבנים נבנו שלא כדין - שלא בהתאם לתכנית שאפשרה זאת, וממילא ללא היתר.

15. יצוין כי ביחס לכל המבנים הללו תלויים ועומדים צווי הריסה שניתנו לפי סעיף 212 לחוק. בחודש דצמבר 2011 נדחו בקשות שהוגשו לבית משפט השלום בקרית גת לביטולם (תל"פ 2136/09 **ראתב אבו אלקיעאן ואח' נ' מדינת ישראל** – ועדה מחוזית לתכנון ובנייה דרום (נבו, ניתן ביום 11.2.11)), אך כפי

שנמסר לנו בדיון מפי נציגי העוררים, נושא צווי ההריסה האמורים מצוי עתה בערעור בבית משפט המחוזי בבאר שבע, התלוי ועומד.

16. העוררים 1-64 (להלן, ובהעדר הבחנה מפורשת ביניהם, הם יכוננו: **העוררים**) הנם בני השבט הבדואי אבו אלקיעאן, כאמור, ומתגוררים במקבצי מתחם אום אלחיראן. העוררת מס' 65, עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון (להלן: **העוררת או במקום**), הנה עמותה אשר הוקמה בשנת 1999 על ידי מתכננים/ות ואדריכלים/ות, אשר שמו להם למטרה לחזק את הקשר בין זכויות אדם ומערכות התכנון במדינת ישראל. עמותת במקום פועלת עם ולטובת אוכלוסיות וקהילות הנתונות בעמדת נחיתות מקצועית, כלכלית או אזרחית. במהלך שנות פעילותה של העמותה, עמדה הקהילה הערבית-בדואית בנגב במרכז עשייתה במטרה לקדם את ההכרה התכנונית בכפרים הבלתי מוכרים, והתאמת התכנון המרחבי לצורכי הקהילה הערבית בדואית.

17. יצוין כי החל משנת 2004, המינהל הגיש תביעות לסילוק יד ולפינויים של כל המשפחות המתגוררות בבתים, בטענה כי מדובר בפלישה לקרקעות מדינה.

18. לפי פסיקת בתי המשפט הרלבנטית, לפי שעה, ביחס לחלק מהעוררים (מדובר בעוררות 1-6, שהינן בנותיו של אחד הנתבעים שם – עטוה חסיין אבו אלקיעאן), אין להם כל זכות בקרקע, ולפיכך, דין תביעת הפינוי וסילוק היד של המינהל להתקבל, ועליהם לפנותה:

ביום 30.9.09 ניתן פסק דינו של בית משפט השלום בבאר שבע, במסגרת חלק מתביעות פינוי שהגישה המדינה נגד תושבי הכפר (ת"א 3326/04 **מדינת ישראל נגד אברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח'** ות"א 3341/04 **מדינת ישראל נ' עטווה עיסא אבו אלקיעאן ואח'**, נבו, ניתן ביום 30.7.09). בפסק הדין נקבע, כי הנתבעים-שם היו בני רשות בקרקע, באשר, בלשון בית המשפט: "[הם] ישבו במקרקעין במשך שנים, בידיעת המדינה ובהסכמתה", ואולם, כך הוסיף בית המשפט וקבע: "בניגוד לטענת הנתבעים, לפיה מדובר ברשות שניתנה בתמורה, הרי לכל הפחות בזמנים הרלבנטיים לתביעה, מדובר ברשות שניתנה חינם" (עמ' 8). בשל כך, כך נקבע בפסק הדין, העוררים לא הוכיחו כי החזיקו החזקה נוגדת בקרקע מאז שנת 1956, שהרי טענו את ההיפך, לאמור כי החזיקו ברשות, ולפיכך הם לא רכשו זכויות כלשהן מכוח התיישנות או חזקה נוגדת. עוד נקבע כי העוררים לא הוכיחו כי ניתנה להם הבטחה שלטונית שלפיה כנגד הסכמתם לעבור מאזור ואדי זובאלה אל המקרקעין בכפר הם יקבלו זכויות במקרקעין. עוד קבע בית המשפט כי לא הוכח שדובר ברשות בלתי הדירה וכי המבנים נבנו שלא כדין ואינם עשויים להיחשב כהשקעה במקרקעין המזכה בפיצוי כתנאי לפינוי, ובוודאי שלא מדובר בהשקעה שעשויה להפוך את הרשות לבלתי הדירה. עוד קבע בית המשפט כי אין לדון במסגרת התביעה בטענת העוררים כי פינויים נעשה כדי להכשיר הקרקע לקראת הריסת בתיהם במסגרת התכנית המוצעת להקמת ישוב יהודי, חירן (טענה העומדת גם במרכז הערר דנן, כמפורט בהמשך) וגי הם יוכלו להעלות טענות אלו במסגרת משפטית אחרת. בית המשפט הוסיף כי המדינה, כחלק מהליך הפינוי, הציעה לעוררים קרקע חלופית בישוב חורה. על רקע קביעותיו בית המשפט קבע כי המדינה זכאית היתה לבטל את רשות החינם, והורה על פינוי הנתבעים.

הנתבעים-שם הגישו ערעור על פסק הדין לבית משפט המחוזי בבאר שבע. בפסק הדין שניתן ביום

28.2.11 נדחה הערעור, תוך אימוץ קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית משפט השלום (ע"א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, ניתן ביום 28.2.11). יצוין כי שניים משופטי הערעור מתחו ביקורת על אופן התנהלות המדינה והדרך שבה נוסחו כתבי התביעה כנגד הנתבעים (תושבי הכפר), באשר להצגת מעמד העוררים בקרקע. ובלשון כ"ב השופט אריאל ואגו: "המערך העובדתי המצטייר הינו זה של העתקת מקום מושבם של המשפחות לאתר הנדון, לפני עשרות שנים, ברשות, ואף בדרישת הרשויות המוסמכות. לימים, ומשיקולים שונים, הוחלט לבטל את ההרשאה, ולהביא לפניו השטח. בהינתן עובדות אלה, שפסק הדין קמא מאזכר וקובע אותן כבלתי שנויות במחלוקת, יוצא, שמלכתחילה, כתב התביעה שהמשיבה הגישה המציג עילה של פלישה 'סטנדרטית', ותפיסת חזקה ללא הרשאה כלשהי, לא תאם את מערך העובדות כהוויתן, ולא שיקף את המציאות המורכבת ואת הנסיבות הלא שגרתיות, שפסק הדין קמא קבע... על הצגת הדברים בצורה לא שלמה ומדויקת בכתב התביעה, יש להצר".

(להלן יקראו שני פסקי הדין: **ההכרעה בתביעות הפינוי**).

בקשת רשות ערעור על פסק הדין הוגשה לבית המשפט העליון התלויה ועומדת (רע"א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל; הדיון בה טרם התקיים).

19. שאר תביעות הפינוי שהוגשו כאמור על ידי המינהל, טרם הסתיימו בפסקי דין, והעוררים מסרו לנו כי הן מצויות בשלב מוקדם מאוד.

20. יצוין כי לפי המידע שהונח בפנינו, לא הוגשו תביעות בעלות מצד העוררים ביחס לבתים ולא ננקט כל הליך בטענה כי יש לבצע שינוי ברישום.

ההליכים שהתקיימו ביחס לתכנית

21. ביום 23.8.04 החליטה הועדה המחוזית לתפקיד את התכנית המוצעת בתנאים. יצוין כי התכנית הופקדה כתכנית מס' 241/02/11, אך מספרה שונה בהמשך, לנוכח השינוי במרחבי התכנון והפקדתה מחדש, כמפורט בהמשך.

22. בשל כניסתה לתוקף, בחודש דצמבר 2005, של תכנית מתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור, תמ"א 35 (להלן: **תמ"א 35**), אשר בה סומן היישוב חירן כ"ישוב מיוחד", החליטה הועדה המחוזית לדון פעם נוספת בסוגיית הפקדת התכנית, תוך בחינת השינויים שהתחייבו ממדיניות תמ"א 35 והוראותיה.

23. בשל כך, הוכן נספח נופי סביבתי לתכנית והתקבלה חוות דעת המשרד להגנת הסביבה ורשות הטבע והגנים. כן הוכנו נספחי ניקוז, תנועה, תשתיות, מים וביוב (המינהל). בנוסף, צורפה לתכנית פרוגרמה לצרכי ציבור על בסיס כמות יחידות הדיור לשנת יעד 2030.

24. ביום 30.3.09 קיימה ועדת המשנה הנפתית של הועדה המחוזית דיון בתכנית המוצעת וקבעה, על רקע האמור, כי, ככלל, התכנית תואמת את הוראות תמ"א 35, ויש לקדם את הליכי התכנון בה, בלי צורך לבצע שינויים בתנאי הפקדת התכנית.

כפי שצוין, גם מספר התכנית שונה, בשל השינוי במרחבי התכנון (מ"גלילי" ל"מיטר").

25. ביום 8.12.09 דנה הוועדה לנושאים תכנוניים עקרוניים של המועצה הארצית לתכנון ובנייה (להלן: **הולנת"ע**) בתכנית, בהקשר של הוראות תכנית מתאר ארצית ליער ולייעור, תמ"א 22, והתוספת הראשונה לחוק, הקרקע התקלאית והשטחים הפתוחים הכלולים בה, ואישרה את התכנית.

26. בשל התמשכות הליכי התכנון בתכנית, לרבות התיאומים הרבים, נוצר צורך בהפקדת התכנית מחדש. בהתאם לכך, ביום 6.9.10 החליטה ועדת המשנה הסטטוטורית שליד הוועדה המחוזית על הפקדת התכנית מחדש, בכפוף לתנאים. וביום 29.10.10 פורסם דבר הפקדת התכנית.

27. ביום 11.1.11 הגישו העוררים והעוררת התנגדות משותפת לתוכנית. בהתנגדותיהם, העלו העוררים שורה של טענות שונות נגד התכנית, ובכלל זה, את הטענה כי התכנית אינה תואמת את הוראות תמ"א 35 וכי אין הצדקה בהקמת נקודת התיישבות חדשה לעת הזו. לצד טענות אלו, העלו העוררים את הטענה, כי מדובר בתכנית להקמת ישוב ליהודים בלבד, על חשבון העוררים שבתיהם מיועדים על פיה להריסה, וככזו היא פוגעת בזכויותיהם החוקתיות לכבוד, לקניין ולשוויון, ולפיכך, התוכנית איננה לתכלית ראויה והיא בלתי מידתית. בטענה זו, כמפורט בהמשך, ממוקד הערר דנו. בהקשר לטענה אחרונה זו, טענו העוררים, בדומה לטענתם בערר היום, כי יש להכשיר את הבתים שנבנו על ידי בני שבט אלקיעאן שלא כדין במקבצי אום אלחיראן אשר בתחום התכנית.

28. ביום 2.5.11 קיימה ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית דיון בתכנית, שבמהלכו נשמעו התנגדויות העוררים, אשר יוצגו בידי העוררת 65, עמותת במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, ועמותת עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל. כן נשמעה התייחסות המינהל, שהוא בעלי הקרקע בתחום התכנית ומגיש התכנית. בנוסף, נשמעו נציגי הרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב. בתום הישיבה, החליטה הוועדה לשוב ולדון בתכנית בדיון פנימי במועד מאוחר יותר.

29. ביום 5.12.11 שבה ועדת המשנה להתנגדויות ודנה בתכנית, והחליטה, בגדרי החלטה מפורטת, לדחות את כל טענות העוררים בהתנגדותם. להלן ציטוט החלטת הוועדה, בנושאי ההתנגדות הרלבנטיים גם לטענות בערר:

החלטה:

ההתנגדות הוגשה על ידי 64 תושבים, בני השבט אבו אלקיען אשר מתגוררים בימתחם אום אלחיראן ביחד עם עמותת במקום ועמותת עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

הועדה שמעה את נציגי המתנגדים וכן את התייחסות מנהל מקרקעי ישראל, מגישי התכנית ונציגי הרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב.

עיקר ההתנגדות נסובה סביב הטענה כי המתנגדים מתגוררים ב-55 השנים האחרונות בשטח התכנית, ועל כן אין לאפשר את הריסת בתיהם, לצורך הקמת היישוב, וליישב במקום אוכלוסייה יהודית. לטענתם, תכנון הבנייה ביישוב צריך היה להתחשב בבינוי הקיים בפועל בשטח, וזאת במקום ליעד את הבתים הקיימים בשטח היישוב להריסה.

בנוסף, כוללת ההתנגדות שורה של טענות באשר להליכי התכנון שהתקיימו בעניינה של התכנית, ופגמים שנפלו בהם.

להלן נתייחס לטענות השונות שהועלו:

.....

ב. באשר לטענה כי בני השבט מתגוררים בשטח התכנית ("מתחם אלחיראן") מזה שנים רבות, והתכנית לא מצאה לנכון לקחת עובדה זו בחשבון וליתן פתרון תכנוני והתיישבותי לתושבי המתחם, המתגוררים בו משנת 1956- אף טענה זו נדחת.

התכנית נשוא ההתנגדות, הינה תכנית ברמה מפורטת ליישוב חירן.

היישוב חירן הוקם על פי החלטת ממשלה מיום 21/07/2002, אשר עסקה בהקמת יישובים חדשים בנגב הצפוני (יצוין כי בהחלטת הממשלה מפורטת ה-נ"צ ליישוב זה).

היישוב מסומן כיישוב מיוחד בתמ"א 35, ובשנת 2003 אושר כשינוי נקודתי (מס' 27) לתמ"מ 14/4.

עיון בתצ"אות מהתקופה שבה החל תכנון היישוב (1995, 2005) מעלה כי לעת תחילת התכנון, כמעט ולא היו באזור האמור מבנים של הפזורה הבדואית (אם בכלל ניתן היה לזהות מבנים, כי אז מדובר היה במבנים בודדים בלבד). התפשטות התיישבות באזור זה נעשתה בשנים האחרונות בלבד.

חיזוק לאמור עולה משני מקורות נוספים, אשר הוצגו בפני הועדה -

ראשית, פסה"ד שניתן בעניין בני שבט אבו אלקיען בביהמ"ש המחוזי (ע"א-1165 09 מיום 28.2.11), אשר דן בערעור על החלטת ביהמ"ש השלום בתביעה לפינוי ולסילוק יד אשר הגיש ממ"י. בפסה"ד נקבע במפורש כי לא הוכחה זכות בעלות במקרקעין, וזאת על בסיס ראיתי מלא שעמד בפני הערכאות הדיוניות שבפניהן התנהל ההליך, והורה על פינויים (על פסה"ד הוגשה בקשת רשות ערעור לביהמ"ש העליון).

יודגש, כי ראוי היה שהמתנגדים יצינו את דבר קיומם של ההליכים כאמור בהתנגדותם, ולא יסתפקו בצירוף מסמכים באופן שמעביר לידי הועדה את הצורך בקביעת קביעות קנייניות לכאורה, בשעה שנושא זה נדון לגופו בפני ביהמ"ש (בשתי ערכאות), אשר הוא המוסמך לקבוע קביעות כאמור, ואף עשה כן.

שנית, כאמור לעיל, התוכנית הנדונה הינה תוכנית מפורטת שקודמה בעקבות אישור תמ"מ 14/4 שינוי 27, שעסקה רובה ככולה ביישוב חירן (בפברואר 2003). המתנגדים לא הגישו התנגדות לשינוי זה לתמ"מ. יתרה מכך, שינוי 27 לתמ"מ קודם בתחילה כתכנית משותפת ליישובים חירן ועומריה. במסגרת הליכי התכנון התקבלה התנגדותה של עמותת הכפרים הלא מוכרים ליישוב עומריה, בשל התיישבות של פזורה באזור. לעומת זאת, לא היתה כל התנגדות במסגרת זו ליישוב חירן. עניין זה עולה בקנה אחד עם הממצאים בתצ"אות, כמפורט לעיל, לפיהן באותה תקופה לא היתה התיישבות ממשית באזור זה.

לעמדת הועדה, בנסיבות אלה, אין למנוע אישורה של תכנית שעברה הליכי תכנון ממושכים, וזאת רק בשל קיומה של התיישבות, אשר התרחבה עד מאוד בשנים האחרונות, תוך ניסיון לקבוע עובדות בשטח באופן לא חוקי.

התנגדות לעצם הקמת היישוב צריכה היתה לעלות בשלב אישור היישוב בתמ"מ, ולא בשלב זה, אשר נועד לפרט את תכנית המתאר המחוזית הנקודתית.

עוד יצוין בהקשר זה, כי המתחם האמור נכלל אף במסגרת שינוי מס' 23 לתמ"מ 14/4 (אשר אושר אך טרם פורסם למתן תוקף), שעניינו מטרופולין באר שבע, ובמסגרתו הורחבה במידה ניכרת האפשרות להקים יישובים לפזורה הבדואית.

עם זאת, המלצת החוקרת בעניין המתחם האמור לא תמכה בהקמת יישוב בדואי באזור זה [החוקרת המליצה על הקמת יישוב במתחם עתיר (צפונית מזרחית ליישוב חורה), אליו יועברו תושבי מתחם אום אלחיראן]. בהמשך לכך, החליטה הולנת"ע (ביום 16.11.2010) כי אין מקום לאפשר את שטח החיפוש באזור מתחם עתיר, בהתאם להמלצות החוקרת.

על כן, אף במישור התכנון המחוזי העדכני ביותר כפי שבא לידי ביטוי במסגרת שינוי מס' 23 לתמ"מ, לא התקבלה הטענה כי יש מקום ליישוב יעודי בדואי דווקא (וטענות המתנגדים בהתנגדות, ביחס לשינוי 23 לתמ"מ, אין מקומן בהתנגדות לתכנית דנן).

זאת ועוד, אם יוכיחו המתנגדים את זכויותיהם בקרקע בשטח התכנית, הרי שהם יהיו אלה אשר-לכאורה - יוכלו לממש את הבנייה מכוחה של התכנית, ולממש דה-פקטו את זכויותיהם הנטענות.

בנוסף על כך, יצוין כי כפי שעולה מפסה"ד הנ"ל, כמו גם מהצהרת הרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב, רוב בני שבט אלקיעאן מתגוררים כיום ביישוב חורה, ואף למקבץ המתגורר כיום בתחום היישוב חירן קיימים פתרונות מיועדים בשכונה 9 ובשכונה 12 בחורה.

על רקע דברים אלה, ומהטעמים שפורטו לעיל, אף טענות המתנגדים לעניין העדר תשתית עובדתית ראויה לתכנית ופגיעה בזכויות יסוד חוקתיות- נדחות.

.....

ד. באשר לטענה בדבר חוסר הצדקה בהקמת נקודת התיישבות חדשה בנקודת הזמן הנוכחית - הטענה נדחית.

ראשית, תכנון - מטיבו-צופה פני עתיד, ונועד לאפשר פתרונות לשנים הבאות, ולא בהכרח לעתיד הקרוב. צרכי התכנון של אזור הנגב הצפוני מחייבים יצירת פתרונות מגוונים לאוכלוסייה מגוונת מרחבי הארץ, ומהדרום בפרט, והיישוב המוצע מהווה אופציה רלוונטית, של יישוב פרברי-כפרי, לצד אופציות נוספות- כפריות ועירוניות.

יתרה מכך, הפרויקטים המקודמים בימים אלה לירידת צה"ל לנגב מחייבים היערכות תכנונית ופרוגרמטית ומתן פתרונות נוספים לאוכלוסייה הצפויה להגיע לאזור בשנים הבאות. בהקשר זה פועלים מוסדות התכנון-המחוזיים והארציים - להרחבת היישובים הקיימים, אך לצידם גם להקמת נקודות התיישבות נוספות. תכנית האב למטרופולין באר שבע נתנה דעתה להיבט זה, של פרישת היישובים במרחב, והתכנית הנדונה עולה בקנה אחד עימה.

אין בידנו לקבל את הטענה כי הקמת יישוב חדש תחליש בהכרח את היישובים הקיימים, ותפגע ביכולתם להגיע ליעדי פיתוח וצפי אוכלוסיית. הועדה סבורה כי יש ביישוב המיועד כדי לחזק את האזור כולו, באמצעות הרחבת מגוון הפתרונות לאוכלוסיות השונות המצויות באזור הדרום ואלה המגיעות אליו. זאת ועוד, אי-קידום התכנית לא יביא-לדעת הועדה - לפתרון בעיית היישובים הותיקים, והדרך לקידום צריכה להימצא ע"י המשך פיתוחם תוך הגברת האטרקטיביות שלהם לציבור, ולא בדרך של מניעת היווצרותן של נקודות התיישבות במקומות אחרים ברחב צפון הנגב ובדרום ככלל.

.....

ההחלטה התקבלה פה אחד" (ההדגשות במקור).

30. ביום 19.12.11 החליטה ועדת המשנה הנפתית לאשר את התכנית, לאחר שדנה בהערות מינהל התכנון.

31. ביום 23.1.12 פנו העוררים ליו"ר הועדה המחוזית, בבקשה למתן רשות ערר על החלטת הועדה, וביום 26.1.12 הודיע יו"ר הועדה המחוזית על החלטתו להיעתר לבקשה. בהתאם לכך, הוגש הערר דנן.

ב. טענות הצדדים

טענות העוררים

32. בעררם לא תזרו עוד העוררים על מלוא הטענות שהעלו במסגרת התנגדותם לתכנית, בעת שזו נדונה בפני הועדה המחוזית. מוקד טיעוניהם בערר הוא בטענה כי בהחלטתה לאשר את התכנית, תוך דחיית התנגדות העוררים להסדיר בגדרה את בתי שבט אבו אלקיעאן שבמקבצי אום אלחיראן, נתנה ועדת

המשנה להתנגדויות הכשר לתכנית מתאר אשר מבקשת להקים ישוב יהודי על חשבון אוכלוסייה ערבית בדואית, בנסיבות שבהן משמעות הריסת בתיהם היא נישולם מהשטח. לטענת העוררים, לולא היה הישוב מיועד ליהודים בלבד, כי אז היתה התכנית מסדירה את הבנייה בכפר במסגרתה ובגבולותיה. בכך עשתה ועדת המשנה להתנגדויות שימוש בהליכי התכנון כדי ליישם מדיניות של הפליה והפרדה במגורים בין שתי האוכלוסיות, באופן המנוגד לעקרונות השיטה המשפטית, כפי שאלה הותוו בפסיקתו של בית המשפט העליון. בנוסף, כך מוסיפים וטוענים העוררים, החלטת ועדת המשנה מנוגדת לעקרונות המשפט המנהלי המחייבים רשות מנהלית, ובכלל זה רשויות התכנון, לפעול במסגרת סמכותם, בהגיונות וביעילות תוך כדי קידום האינטרסים של כלל הציבור. במקום זאת, התכנית מהווה נדבך במדיניות האפליה, לפי הטענה, של המגזר הבדואי.

33. העוררים חולקים על הנימוק הכלול בהחלטת ועדת המשנה להתנגדויות, שלפיו, העוררים קבעו עובדות מוגמרות בשטח בשנים האחרונות וכי בעת הכנת התוכנית, לא היתה בשטח בנייה בהיקף הקיים. לטענתם, מדובר בנימוק שאיננו נסמך על תשתית עובדתית ממשית, אלא על תשתית חסרה, ומנוגד הוא למצב שהיה קיים בפועל בשטח בעת הכנת התוכנית וההחלטה בדבר הפקדתה. העוררים מפנים בעניין זה להכרעה בתביעות הפינוי, שלפיה, הנתבעים-שם (אשר העוררות 1-6 הינן בנותיו של אחד מהם) התגוררו במקום בהסכמה וברשות, גם אם בחינם, לאורך עשרות שנים. לטענת העוררים, מבחינה הסטורית, במקור, ועד לשנת 1948, בני שבט אבו אלקיעאן התגוררו באזור ואדי זובאלה (כיום חלק מהאדמות החקלאיות של קיבוץ שובל). הם התגוררו שם למשך תקופה ארוכה, בנו שם את כפרם ועיבדו אדמות שבבעלותם לצורכי מחיה. בשנת 1948, התבקשו בני השבט על ידי הממונים בממשל הצבאי לעזוב את אדמותיהם ולעבור לאזור ח'רבת אלהווייל. בשנת 1956, משביקשו בני השבט לחזור לאדמות שאותן נהגו הם לעבד, אסר עליהם הצבא לעשות כן. הממשל הצבאי ביקש אז מבני שבט אבו אלקיעאן לעבור באופן סופי וקבוע למקרקעין עליהם נמצא הכפר כיום באזור יער יתיר. בתוך אותו אזור הותר לבני השבט לגור, לרעות ולעבד כ- 7,000 דונם אשר הוחכרו לשייח' השבט פרהוד אבו אלקיעאן. עובדות אלה, כך טוענים העוררים, עולות גם ממסמך פנימי מיום 28.8.57, שהוגדר "סודי", מטעם מר לובראני מלשכת ראש הממשלה ולשכת היועץ לענייני ערבים דאז (להלן: **מסמך לובראני**), שזכר גם בפסק דינו של בית משפט השלום בשתי תביעות הפינוי הנזכרות. העוררים מוסיפים וטוענים כי במשך עשרות רבות של שנים, המדינה נמנעה מלהשיג על הימצאותם של תושבי הכפר במקרקעין. מאז מעברם לאזור יתיר בשנת 1956, נמצאים בני שבט אבו אלקיעאן באותו מקום, מתגוררים באותו כפר, שבו הם מעוניינים להמשיך להתגורר ולקיים אורח חיים מסורתי כפי שעשו משך עשרות שנים.

לטענת העוררים, בנסיבות אלו, החלטת ועדת המשנה להתנגדויות ניתנה על יסוד תשתית חסרה, ומדובר בפגם שדי בו כדי להצדיק את ביטול החלטת הוועדה.

34. העוררים קובלים על כך שחרף מגוריהם בכפר לאורך השנים ברשות המינהל, התוכנית אינה לוקחת עובדה זו בחשבון. העוררים מפנים לכך שאזור התוכנית מיועד לפיתוח התיישבותי לצורך הקמת ישוב פרברי שיגיע לכ- 10,000 תושבים, אך מנגד, אינו מספק לטענתם מענה התיישבותי ראוי לכ- 500 בני אדם באום אלחיראן. העוררים מפנים בעניין זה לבג"ץ 7960/99 **סואעד נגד המועצה הארצית לתכנון ובנייה**, פ"ד נה (5) 929, 937 (להלן: **פרשת כמאנה**), שם מתח בית המשפט העליון ביקורת על רשויות התכנון אשר בחרו להוציא מתחום תוכנית המתאר שהתייחסה לישוב כמאנה במועצה האזורית משגב חלק

מהשכונות בישוב ובכך לא לתת פתרון תכנוני הולם לעשרות בתים. בדומה לתוכנית המוצעת, כך טוענים העוררים, תוכנית המתאר בכמאנה התעלמה מהמצב הקיים בשטח ומדפוסי הבנייה והמגורים בישוב כמאנה כפי שאלה התפתחו למשך עשרות רבות של שנים. בית המשפט העליון, קבע כי על משרד הפנים לשקוד ולערוך תוכנית מתאר חדשה רחבה יותר, ואף ראה לנכון להורות על הקפאת ההריסות באזורים שנתרו מחוץ לתוכנית המתאר עד להשלמת הליכי התכנון.

35. העוררים טוענים כי משמעות אישור התוכנית המוצעת היא כי משאב הקרקע שעליו מתגוררים העוררים יוקצה לקבוצת אזרחים יהודים, ולעוררים לא תהיה עוד כל זכות בהם, וזאת, בשל מוצאם ו/או גזעם ו/או דתם וזכויותיהם הקיימות תישללנה מהם בשל כך. תוצאה זו, כך טוענים העוררים, מנוגדת להלכה שנקבעה בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 278-279 (2000) (להלן: פסק דין קעדאן), שם נקבע כי הקצאת קרקע מדינה ליהודים בלבד בתל עירון במסגרת הקמת ישוב קהילתי מנוגדת לעקרון השוויון והינה בלתי חוקית. עוד טוענים העוררים כי משמעותה הנוספת של התוכנית, אם תאושר הוראת הריסת הבתים, היא חלוקה בלתי צודקת של משאבי הקרקע באזור, תוך פגיעה בעקרון הצדק החלוקתי. העוררים מפנים בעניין זה לבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נגד שר התשתיות הלאומית פ"ד נו(6) 25, 64-65 (2002) (להלן: עניין עמותת שיח חדש), שם ביסס בית משפט העליון את עיקרון הצדק החלוקתי, להבטחת חלוקה חברתית צודקת של משאבים, כשיקול ענייני ומחייב בעת קביעת הזכויות בקרקע על ידי המדינה.

36. העוררים טוענים, כי יעוד בתיהם להריסה על פי התוכנית והריסתם בפועל תהווה פגיעה חמורה בזכותם החוקתית לקניין. לטענתם, זכותם לשימוש בקרקעות שאותם הן משמשות למגורים למשך כ-55 שנים יוצרת זכות חוקתית לקניין לפי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). מעברם של העוררים למקום שהפך להיות כפרם בהוראות הממשל הצבאי, קרי מדינת ישראל, השקעתם בו, בניית בתיהם ופיתוח חייהם בו, וכן הציפייה וההסתמכות כי זהו ביתם וזוהי אדמה בה יוכלו להשתמש באופן תמידי, כל אלה משכללות זכות קניינית חוקתית הראויה להגנה על ידי מערכות התכנון ושום פיצוי כספי איננו יכול לפצות בגין פגיעה כה חמורה וגורפת בה.

37. עוד טוענים העוררים כי התכנית פוגעת בזכותם החוקתית לכבוד המעוגנת אף היא בחוק היסוד. שכן, הריסה בנסיבות העניין תשלול את זכותם לדירה, תשלול כל ערך לחיי המשפחה והחברה של העוררים ותשלול כל ערך לאנושיותם של העוררים וכן תפגע באישיותם. החלטת ועדת המשנה להתנגדויות לייעד את בתי העוררים להריסה באזור המיועד למגורים נותנת לעוררים את התחושה כי היחס אליהם כאל מפצים שניתן בנקל להעבירם ממקום למקום ללא לקיחה בחשבון את יחסם וקשריהם ההדוקים לאותו מקום, את ההשלכות החברתיות, המשפחתיות והכלכליות לנושא זה.

38. עוד טוענים העוררים כי יעוד בתיהם להריסה על פי התכנית פוגע גם בזכותם לשוויון, שכן התכנית מעדיפה, כך לטענת העוררים, את האינטרסים של האוכלוסייה היהודית, שאותה מעוניינת המדינה להביא לאזור במקום העוררים, והכל, אך ורק בשל שייכותם הלאומית ו/או הדתית. ועדת המשנה להתנגדויות לא נתנה משקל לאינטרסים של העוררים, אשר כאמור מתגוררים זה מכבר במקום, אך מנגד, העניקה משקל מכריע לאינטרסים של טובת קבוצה פוטנציאלית של מתיישבים יהודיים, שטרם רכשו זכויות כלשהם בקרקע וזהותם איננה ידועה.

39. העוררים מוסיפים וטוענים כי התכנית אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה בחוק היסוד. זאת, באשר תכליתה היא לפנות את שטח שבו מתגוררים העוררים לטובת אוכלוסייה יהודית באופן שרירותי ומפלה ותוך הפרדה במגורים ומדובר בתכלית לא ראויה; אין היא מקיימת את מבחן הקשר הרציונלי בין התכלית לאמצעים, שכן להריסת בתי העוררים אין כל קשר למטרה הסופית אותה רוצה להשיג התוכנית שהיא פיתוח אותו שטח עצמו למגורים; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אף הוא אינו מתקיים, שכן החלופה המידתית יותר הוא הכשרת בתי העוררים; גם המבחן הצר, שלפיו, יש לבדוק האם הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המנהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה עומד ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא, אינו מתקיים שכן, אף בהנחה כי להריסת הבתים תכלית ראויה, אין הצדקה לפגוע בזכויות העוררים למען קידומו של אינטרס ציבורי, גם בהנחה שהוא לגיטימי, ופגיעה זו הינה מחיר גבוה ביותר, שאין שיטת המשפט יכולה לסבול אותו, ומה גם שיפגע במרקם היחסים בין האוכלוסיות באזור הנגב ובסדר הציבורי.

40. העוררים מסכמים טענותיהם בכך, שמדובר בתכנית שמהווה נדבך במדיניות של הפלייה בהקצאת משאבים לצרכי מגורים והתיישבות של האוכלוסייה הבדואית בנגב. הדברים לעיל מקבלים משנה תוקף לאור חשיבותו של משאב הקרקע עליו אמונים מוסדות התכנון בכלל תחומי הפיתוח. זאת, בעוד שאחת ממטרות התכנון המרחבי היא קביעת ייעודי הקרקע מצד אחד ומדיניות לפיתוחו מצד שני, תוך התחשבות במידת חיוניותו עבור כלל הציבור וצרכיהם הייחודיים של קבוצות אוכלוסייה מוגדרות מתוך אותו ציבור. הדבר מקבל משנה חשיבות גם לאור התפישת כי דיני התכנון והבנייה הפכו להיות המנוע העיקרי לפיתוח כלכלי וחברתי במישורים שונים ברמה הארצית, האזורית והמקומית.

תשובת הוועדה המחוזית

41. נציגי הוועדה המחוזית חולקים בטענותיהם על טענת העוררים כי בבסיס החלטתה נשוא הערר מונחת תפישה בדבר העדפת אוכלוסייה יהודית על פני האוכלוסייה הבדואית. עוד היא חולקת על המדיניות המיוחסת לה בדבר הפעלת מדיניות של הפליה והפרדה במגורים.

42. נציגי הוועדה המחוזית הפנו לכך שאין בתכנית כל הוראה המלמדת על כך שמדובר בישוב ליהודים בלבד, ובפועל, הישוב מיועד לאוכלוסייה הכללית, ולא ליהודים בלבד. ואכן, בשלב הקצאת הזכויות בקרקע, תהא רכישת מגרשים במקום פתוחה בפני מי מבני הקבוצות הלא יהודיות במדינה שירצה להתגורר במקום. לא זו אף זו, אין כל מניעה שבעתיד תוגש בהסכמת המינהל, כבעלי הזכויות בשטח, תכנית מפורטת, ביחס לחלק כזה או אחר בתכנית המוצעת הכלול עתה בגדרי החלק המתארי שלה, אשר אף ייתן מענה פרוגרמטי מתאים לצרכי ציבור הדרושים לאוכלוסייה בדואית.

43. נציגי הוועדה המחוזית טוענים כי עולה חשש שדווקא העוררים הם אלה אשר מבקשים לייחד את התכנון לבדואים בלבד. ואולם, אין כל מניעה לתכנן יישובים חדשים באזור הנגב לאוכלוסייה הכללית, לצד תכנון יישובים לפזורה הבדואית. משימה זו הינה משימה לאומית, שהוטלה על הוועדה המחוזית על ידי הממשלה, וחלק מחובות הוועדה המחוזית. על כך, נתנו דעתם הממשלה ויתר משרדי הממשלה, במסגרת דוח הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב (להלן: **דוח ועדת גולדברג**), דוח צוות יישוב דוח ועדת גולדברג להסדרת התיישבות הבדואים בנגב (להלן: **דוח צוות היישוב** או **דוח היישוב**) והחלטות ממשלה בעניין זה.

44. מדיניות התכנון לפזורה הבדואית באה לידי ביטוי במסגרת תמ"מ 23/14/4, שעניינו מטרפולין באר שבע. אמנם, בהקשר של אזור היישוב המתוכנן חירן התכנית לא קבעה כי תוקם התיישבות לפזורה; ואולם, נקבעו במסגרת התמ"מ מרחבי חיפוש נרחבים לצורך העמדת פתרונות לסוגיית התיישבות הפזורה הבדואית.

45. עוד חולקים נציגי הוועדה המחוזית על הטענה כי ועדת המשנה להתנגדויות התבססה על תשתית נתונים לא מספקת בעת שאישרה את ההוראות בתכנית בדבר הריסת בתי מקבצי אום אלחיראן שבתחומה, והסתמכה על הנחות עבודה שגויות ביחס למצב שהיה קיים בפועל בשטח בעת הכנת התכנית.

46. לעניין זה, טענו נציגי הוועדה המחוזית כי כפי שקבעה ועדת המשנה להתנגדויות, ההתיישבות הבדואית המוקדמת של בני שבט אלקיעאן הינה במתחם **עתיר**, שאינו בתחום התכנית, ולא במקבצי מתחם אל חיראן, שהם היחידים הרלבנטיים לתכנית המוצעת. במתחם מקבצי אום אלחיראן התבססה ההתיישבות רק בשנים האחרונות, מעת שבה החלו ההליכים התכנוניים, וזאת במטרה לקבוע עובדות בשטח (למעט בתים בודדים ביותר, לכל היותר, שהיו בשטח עוד קודם לכן). הדבר עולה מתצלומי אוויר מתתקופה שבה החל תכנון היישוב. עוד מפנים נציגי הוועדה המחוזית לקביעת הוועדה המחוזית, כי מדובר בתכנית שקודמה בעקבות תמ"מ 27/14/4, שעסקה רובה ככולה ביישוב חירן. תמ"מ 27/14/4 קודמה בתחילה כתכנית משותפת ליישובים חירן ועומרית. במסגרת הליכי התכנון, התקבלה התנגדותה של עמותת הכפרים הלא מוכרים ליישוב **עומרית**, בשל התיישבות של פזורה באזור. לעומת זאת, לא היתה כל התנגדות במסגרת זו ליישוב חירן. גם נתון זה, כך נטען, מתיישב עם התמונה העולה מתצלומי האוויר, שלפיה, לא היתה באותה תקופה התיישבות ממשית באזור; שאחרת מצופה היה כי במסגרת ההתנגדות לתמ"מ היתה נכללת גם התנגדות הפזורה ליישוב חירן בנימוק של קיום התיישבות בדואית במקום.

47. נציגי הוועדה המחוזית מוסיפים וטוענים בהקשר זה, כי מבלי להתעלם מהמורכבות והקשיים בכל הנוגע להסדרת התיישבות הבדואים בנגב, יהא זה בלתי הגיוני ומלאכותי להסתכל על מתחם עתיר ומתחם אל חיראן כאל התיישבות אחת, הגם שמדובר מבחינה פיזית במתחמים נפרדים, משני עברי כביש אזורי, וזאת, רק כדי לקשור הילת ותיקות גם למתחם אום אלחיראן מכוח היות ההתיישבות במתחם עתיר התיישבות ותיקה. בשיטה זו, צריכים מוסדות התכנון לכאורה לקבוע כי חלקים נרחבים באזור הנגב הצפוני הינם כפר אחד גדול, על כל המשתמע מכך.

48. אשר לטענת העוררים, כי היה מקום להכשיר את הבנייה שלא כדין של בתיהם במסגרת התכנית המוצעת, השיבו נציגי הוועדה המחוזית, כי יש לדחות טענה זו, ולו משני טעמים: **ראשית**, לעוררים אין זכויות בקרקע. במסגרת הליכי התכנון, התבקש מגיש התכנית לפרט את בעלי הזכויות במקרקעין שבתכנית, והודעה כאמור הוגשה ללשכת התכנון כמתבקש, והתברר, וכך גם על פי נסחי הרישום, שהמדינה היא בעלת הזכויות בקרקע שהיא קרקע מוסדרת. מידע זה עמד לנגד עיני הוועדה לעת קידום התכנית, ובדיון בהתנגדויות העוררים – מעבר לטענות בעלמא – לא הציגו העוררים כל אסמכתא שיש בה כדי להעיד על זכויות, כפי שהיה מצופה מהם. לעומת זאת, המינהל, מגיש התכנית, הציג בנוסף את הפסיקה שניתנה עד כה ביחס לתביעות הפיננסי של המינהל, ומזו עולה כי התקבלו באופן מלא טענות המינהל באשר להעדר כל זכות של המחזיקים במקרקעין. **שנית**, מדובר בבנייה בלתי חוקית. על מוסד תכנון אין מוטלת כל חובה להסדיר בתים שנבנו שלא כדין, ועובדת הבנייה שלא כדין, אף פועלת ברגיל כשיקול נגד אישור הבנייה המוצעת.

49. נציגי הוועדה המחוזית מוסיפים ומפנים בטיעוניהם לעובדה כי רוב בני שבט אבו אלקיעאן מתגוררים כיום ביישוב חורה. ביצוע התכנית המוצעת והריסת הבתים שבהם מתגוררים בני השבט במקבצי אום אלחירן לא יותירו את בני השבט ללא פתרון. ככל שיעדיפו לגור ביישוב בדואי ייעודי במקום לרכוש בעתיד מגרשים בתחום הישוב החדש, הרי שקיימים עבורם פתרונות מיועדים בשכונה 9 ובשכונה 12 בחורה.

50. לטענת נציגי הוועדה המחוזית, העדר זכויות בקרקע, הבנייה הלא חוקית, התמונה של ההתיישבות בשטח שנעשתה בעיקרה בשנים האחרונות, וקיום פתרונות בישוב חורה לבני שבט אלקיעאן המתגוררים בתחום התכנית, בצירוף הרקע העובדתי שליווה את הליכי התכנון באזור במסגרת התמ"מים – כל אלה היוו תשתית איתנה, שעליה ביססה הוועדה את החלטתה, ואין לפיכך מקום לטענת העוררים כי ההחלטה התבססה על תשתית חסרה.

51. עוד מוסיפים נציגי הוועדה המחוזית, כי כפי שציינה ועדת המשנה להתנגדויות, אם יוכיחו המתנגדים את זכויותיהם בקרקע בשטח התכנית, הרי שהם יהיו אלה אשר – לכאורה – יוכלו לממש את הבנייה מכוחה של התכנית, ולממש דה-פקטו את זכויותיהם הנטענות.

52. נציגי הוועדה המחוזית מוסיפים וטוענים כי ככל שהעוררים תוקפים בעררם את תמ"מ 27/14/4, בעניין הקמת הישוב חירן, הרי שיש לדחות את הטענות. מדובר בתכנית מתאר מחוזית מאושרת, בעקבות החלטת הממשלה בדבר הקמת ישוב חדש חירן, ולא ניתן היום לתקוף את התמ"מ, במסווה של התנגדות לתכנית מפורטת התואמת אותה.

53. על רקע טענותיהם לעיל, טוענים נציגי הוועדה המחוזית כי ממילא אין כל בסיס גם לטענות העוררים בדבר פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות שלהם לקנין, לכבוד ולשוויון בשל עצם ייעודם להריסה של בתים שנבנו שלא כדין ובמטרה לקבוע עובדות מוגמרות על קרקע שלעוררים אין בה זכויות.

תשובת מינהל מקרקעי ישראל

54. נציגי המינהל הגנו גם הם על החלטת ועדת המשנה להתנגדויות וביקשו לדחות את הערר, תוך שהם סומכים ידיהם על החלטת הוועדה המחוזית וטיעוניה נציגי הוועדה המחוזית בערר.

55. נציגי המינהל טענו אף הם כי אין מדובר בישוב ליהודים בלבד, וכי מי מהבדואים שיבקש בשלב השיווק לרכוש מגרש בישוב יוכל לעשות כן.

56. נציגי המינהל טענו כי הגרעין העיקרי של שבט אבו אלקיעאן התגורר, בסמוך למועד הקמת המדינה, באזור צפון רהט (כיום). על פי התייעוד הקיים, ובכלל זה המסמך המכונה "מסמך לובראני", מנה הגרעין כ-200 נפש. במהלך שנות ה-50 של המאה הקודמת, עברה המשפחה מאזור רהט והשתכנה באזור יתיר, מזרחית ליישוב חורה כיום. שבט אבו אלקיעאן מונה כיום, בהתאם להערכות, כ-4,000 נפש. כ-3,000 מהם מתגוררים כיום ביישוב חורה, ורק 1,000 איש גרים היום מחוץ לחורה, כמחציתם בעתיר, שאינו בתחום התכנית, והוא המתחם היחידי שבו קיימת התיישבות ותיקה, והמחצית השנייה במקבצים הפזורים של אום אלחיראן, המצויים ברובם בשטח התכנית, ואשר נבנו רק בשנים האחרונות, ולמעשה, במרוצת השנים שמאז 1998, שאז החל ההליך התכנוני.

57. עוד טענו נציגי המינהל כי בני המשפחה שהתפנו מ"פזורת" יתיר, היוו את הגרעין העיקרי להקמת הישוב חורה, המצוי בקרבת מקום למקבצי אום אלחיראן, ואוכלסו תחילה בשכונה מס' 10, שהייתה אחת משתי השכונות הראשונות שהוקמו בישוב חורה (לצד שכונה מס' 1 – אל עטאונה ואחרים). פתרונות אכלוס ראשונים לפינוי פזורת משפתת אבו אלקיעאן מיתיר לשכונה 10 בחורה הוצעו כבר בסוף שנות ה-80 של המאה הקודמת (עם הקמת היישוב). עם הזמן הוקמו עוד שתי שכונות - שכונות מס' 9 ומס' 4 - שיועדו למשפחה זו ואף אוכלסו על ידי "פזורת" אבו אלקיעאן. בנוסף, בימים אלה מוקמת שכונה נוספת - שכונה מס' 12 - עבור קליטת "הפזורה" מקרב בני המשפחה בשכונה, לאחר שהתכנית אושרה למתן תוקף ו"תיק השיווק" לפיתוחה אושר זה מכבר בוועדת פרויקטים, בהתאם לנוהל.

58. לתושבי אום אלחיראן קיימים, אם כן, פתרונות מידיים למגורי קבע חוקיים, בישוב חורה, בשכונות 9 ו-12 והרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב אף מנהלת עם חלק מהמשפחות מ"מ למעבר, בהסכמה ובאופן מסודר, במסגרת המקובלת ברשות. אם אין הם מעוניינים לגור בחורה, אלא להמשיך לגור בשטח המיועד לישוב חירן, הרי שתעמוד לפניהם האפשרות לרכוש מגרשים בישוב חירן.

59. נציגי המינהל מוסיפים וטוענים כי רשימת 64 העוררים נועדה לנפח את היקף הפגיעה, בעוד שלמעשה, לא כל העוררים גרים באום אלחיראן חרף טענתם כי הם גרים שם. כך, העוררות 1-6 הן בנותיו של מר עטוה חסיין אבו אלקיעאן, שבעניינו ניתנו פסקי הדין של בית משפט השלום והמחוזי בבאר שבע לפינוי וסילוק יד. עיון במרשמי מש"ד הפנים מראה כי, בניגוד למצג שמציגים העוררים, חלקם כלל אינו גר במקום. המינהל מפנה בעניין זה לכמה דוגמאות: עוררת מס' 3, רוואן עטוה אבו אלקיעאן, מתגוררת בשכונה 4 (מגרש 142) בחורה; עוררת מס' 9, יאסמין מוחמד אבו אלקיעאן, מתגוררת בכלל ברחוב האנפה בירושלים; עוררת מס' 11, רוקייה מתמד אבו אלקיעאן, מתגוררת בישוב ערעה בנגב, בשכונה מס' 3; עוררת מס' 27, רודינה סלים אבו אלקיעאן, מתגוררת בישוב חורה, בשכונה מס' 4; עוררת מס' 30, נואל איברהים אבו אלקיעאן, מתגוררת אף היא בישוב חורה, בשכונה מס' 4.

60. נציגי המינהל חולקים אף הם על טענות העוררים בדבר פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות שלהם לפי חוק היסוד. אין בקידומה של התכנית ובהקמת הישוב כדי לפגוע בעוררים. התכנית תביא לקידום פיתוח האזור וביסוסו, לרווחת כולם. רצונם של העוררים להמשיך את מעמדם כמחזיקים בקרקע, בניגוד לדרישת המדינה כי השטח יפונה, כאשר כנגד חלקם עומדים פסקי דין לפינוי, תוך שהם גרים ומשתמשים במבנים בלתי חוקיים, אינו ברור כלל. כל זאת, בה בעת שהם יכולים לשפר את מעמדם ורמת חייהם על ידי הסכמה לפתרונות הזמינים המוצעים להם במסגרת ישוב קבע מסודר ומתוכנן, הנמצא בסמיכות להם ובו מתגוררים בני משפחתם, עם כלל השירותים הנדרשים, לרבות שרותי חינוך, שירותי בריאות ושרותי תעבורה, ככל ישוב קבע אחר. מכל מקום, ועל רקע האמור, אין ברצונם להמשיך ולגור בבתים המיועדים להריסה, כדי להצמיח טענות טובות נגד הריסת הבתים כמוצע בתכנית.

61. המינהל חולק על טענת העוררים כי האינטרסים שלהם ושל בני השבט לא נשקלו. האינטרסים נשקלו גם נשקלו, בשיתוף עימם, והמציאות מוכיחה זאת, שהרי רוב מניינם של בני השבט עברו לישוב חורה ומתגוררים בו. פתרונות הדיור אשר המדינה מספקת להם בישוב חורה נותנים להם העדפה על פני אחרים, הן מבחינה כלכלית והן בהיותם ייחודיים להם ולהם בלבד. עובדה זו עומדת בניגוד גמור לטענת העוררים בדבר אפלייתם לרעה ופגיעה בזכות החוקתית לשוויון.

62. המינהל טוען כי לטענת האפליה הננקטת כביכול כלפי האוכלוסייה הבדואית בנגב, כמו גם לטענת הקיפוח וחלוקה לא צודקת של משאבי הקרקע, אין כל יסוד, והיא עומדת בניגוד גמור לעובדות. המינהל מפנה בהקשר זה למשאבי העתק המושקעים על ידי המדינה, בהיקף של מאות מיליוני ₪, המכוונים כולם לקידומה והסדרתה של האוכלוסייה הבדואית בנגב, ומביא דוגמאות לפרויקטים של מגורים המקודמים בעת הזו לאוכלוסייה הבדואית, ובכלל זה, גם לבני השבט אבו אלקיעאן, במסגרת הישוב חורה.

ג. דיון

63. כפי שכבר נרמז לעיל, טיעוני העוררים בערר מצומצמים ושונים במיקודם מטיעוניהם, כפי שנכללו בהתנגדותם לתכנית בעת הדיון בוועדת המשנה להתנגדויות. בעוד שמוקד הערר דן הוא בטיעון כי לתכנית מטרה פסולה להקים ישוב יהודי על חשבון אוכלוסייה בדואית הגרה במקום ותוך הפלייתה לרעה על רקע לאומי-דתי - הרי שבהתנגדות, נכללו טענות רבות נוספות, בכללן הטענה כי אין הצדקה עתה להקמת ישוב חדש. בטרם נתמקד בטיעוני העוררים בערר דן, נבקש, למען שלמות התמונה ותסרת ספק, להתייחס לטענה אחרונה זו, כמו גם לטענה נוספת, שהיה לה הד בטיעוני העוררים בערר, שלפיה, צריך היה להקים במקום ישוב בדואי, לטובת בני השבט אבו אלקיעאן.

לא ניתן לתקוף היום את עצם הקמת הישוב חירן, במסגרת התכנית המוצעת, וכן לא ניתן לטעון כי צריך היה להקים ישוב לטובת בני השבט הבדואי אלקיעאן

64. לטעמנו, טוב עשו העוררים בכך שלא חזרו והעלו, בגדרי הערר דן, את הטענות נגד עצם הקמת הישוב החדש חירן. התכנית המוצעת לישוב חירן מגובה בכל רמות התכנון. כפי שכבר צוין, ההחלטה על הקמת הישוב התקבלה כאמור בהחלטת הממשלה בשנת 2002, וזאת, על בסיס עבודת ועדת היגוי למטרופולין באר שבע (שפעלה כבר משנת 1998, ואף קודם לכן), אשר בחנה את נושא הקמתם של יישובים חדשים במטרופולין - הן יישובים ייעודיים לפזורה הבדואית והן יישובים לאוכלוסייה הכללית. הוכן סקר תכנית "מיתרים 2000" שלאחריו הוגשה ואושרה תמ"מ, 27/14/4 שעסקה בהקמת ישוב חדש, חירן, על פי תכנית מתאר ארצית לבניה פיתוח ולקליטת עליה, תמ"מ 31, שהייתה בתוקף באותה העת (ואשר הוחלפה לימים בתמ"מ 35). במסגרת הדיונים שקדמו לאישור תמ"מ 27/14/4 נבחנה ביסודיות סוגיית הקמת היישוב החדש, השתלבותו במרחב התכנון הכולל במסגרת המטרופולין, הצורך ביישוב זה, ויחסי הגומלין בינו לבין היישובים הסמוכים, לרבות אלה שתוכננו במקביל. עוד במסגרת הדיונים שקדמו לאישור התמ"מ, נדרש תזכיר להקמת היישוב, והשינוי לתמ"מ 14/4 אושר לאחר הגשת מסמך מפורט, אשר במסגרתו (כמו גם במסמכים רבים נוספים שהוכנו במסגרת הליכי תכנון ואישור תמ"מ 27/14/4), הונחה תשתית עובדתית ותכנונית רחבה להקמת היישוב. גם בתמ"מ 23/14/4 למטרופולין באר-שבע נכלל, כפי שכבר צוין, סמל לישוב חירן, והוא מתוכנן כחלק מ"אשכול" יישובים בעלי אופי דומה באזור צומת שוקת כגון מיתר, כרמית ויתיר.

65. בהיבט התכנוני הסטטוטורי, כל מטרתה של התכנית המוצעת - שהיא תכנית מתאר עם הוראות לתכנית מפורטת לשלב א', כאמור - הוא לפרט הלכה למעשה את תמ"מ 27/14/4 בדבר הקמת ישוב חדש, חירן, שלאור עקרונותיה היא הוכנה.

66. בנסיבות אלו, לא ניתן להשיג היום כנגד עצם הקמת הישוב החדש או נתיבותו לעת הזו, במסגרת ההתנגדות לתכנית המוצעת, וכל התנגדות כזו צריכה היתה להשמע בשלבים מוקדמים יותר, ולמעשה, בשלב שבו התקבלה החלטת הממשלה, שבעקבותיה קודמה ואושרה התמ"מ. וכפי שנקבע בעע"מ 8354/04 **האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה ועדת המשנה לערעורים** (נבו, ניתן ביום 25.1.06): "אין לקבל גם את הניסיון לתקוף את החלטת הממשלה, באופן עקיף, על-ידי תקיפת ההחלטות של מוסדות התכנון אשר נסמכו על החלטה זו. את הטענה כי החלטת הממשלה בנושא זה אינה תולדה של דיון מקיף בממשלה וכי מדובר בהחלטה פגומה הלוקה בחוסר תום לב, שיקולים זרים, קיפוח ואי סבירות קיצונית...", היה על המערערים להעלות בתקיפה ישירה של החלטת הממשלה עצמה. מוסדות התכנון היו רשאים להניח על יסוד חזקת תקינות המעשה המינהלי, שהחלטת הממשלה התקבלה כדין. בנסיבות אלו, דיון בכשירותה ובסבירותה של החלטת הממשלה חורג מהדיון בסבירות החלטותיהם של מוסדות התכנון" (פסקה 20). באופן דומה נפסק בעת"מ (מח-חי) 11475-07-11 **חריש הירוקה אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ ואח' נגד ועדת המשנה לערעורים של המועצה הארצית לתכנון ובנייה** (נבו, ניתן ביום 1.5.12) כי: "ההחלטה לייעד את הישוב חריש לאוכלוסייה החרדית, אינה החלטה עצמאית של הועדה המיוחדת אלא היא תולדה של החלטות קודמות של משרד הבינוי והשיכון והיא אושרה על ידי ממשלת ישראל והומלצה על ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה במסגרת הדיונים לקראת הקמתה של הועדה המיוחדת... לפיכך, נדמה כי תקיפת העותרים את עצם ההחלטה של מוסדות התכנון לייעד את הישוב לאוכלוסייה החרדית, החלטה שכאמור נסמכת על החלטת ממשלה, מהווה תקיפה עקיפה של מדיניות הממשלה והחלטותיה. על כן, ראוי היה לתקוף החלטה זו בתקיפה ישירה במועד הרלוונטי" (פסקה 23).

67. יש להניח כי הדברים נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך, שכן נציגי העוררים הבהירו בדיון בעל פה, כי אין להם עוד טענות כנגד עצם הקמת הישוב החדש, כשלעצמה.

68. מנגד, היו רמיזות בערר, שלפיהן, ראוי היה להקים במקום יישוב בדואי, לבני השבט אלקיעאן, בנוסף על ישוב חורה. הדברים נלמדים בעיקר מהפנייתם של העוררים להמלצתה של החוקרת שמונתה לשמיעת התנגדויות ביחס לתמ"מ 23/14/4 (להלן: **החוקרת**), והסתמכותם על דבריה. טענות כאלו, אף שנרמזו ולא נטענו כטיעון מפורש, יש לדחות מכל וכל.

69. שטח המתחם נשוא הישוב החדש חירן המוצע בתכנית נכלל במסגרת תכנית 23/14/4, שעניינו כאמור במטרופולין באר שבע, ובמסגרתה הורחבה, כאמור, במידה ניכרת האפשרות להקים יישובים לפזורה הבדואית. תמ"מ זו לא הציעה פתרון תכנוני לכפר אלחיראן/עתיר. **המלצת החוקרת היתה להוסיף סימבול של ישוב כפרי במתחם עתיר**, הנמצא צפונית - מזרחית לישוב חורה, ומצוי, כפי שתזרנו וציינו, מחוץ לגבולות התכנית המוצעת, ואשר אליו יועברו, לפי המלצתה, תושבי מקבצי מתחם אום אלחיראן. **לגבי מתחם מקבצי אום אלחיראן, המלצת החוקרת היתה שלא להסדירו במקומו הוא**. ובלשון החוקרת: "מתחם עתיר, שבו מקבץ אחד, הוא מגובש וקומפקטי. הוא גם הגדול מבין השניים. מקבצי

אום אלחיראן מפורזים על פני שטח גדול על אף כמות האוכלוסייה הקטנה שיושבת בהם. "ובהמשך: "על אף רגישותו של האיזור ... מוצע לסמן את עתיר, אחד משני מתחמי אלקיעאן, כסמל ישוב כפרי מוצע, תוך הסדרתו לקליטת תושבי המקבצים באלחיראן... מתחם אלחיראן ... יותר קטן והרבה יותר מבזור. הוא מורכב מ-4 מקבצים במרחק של כחצי ק"מ זה מזה, וגודל אוכלוסייתו אינו מצדיקה הקמת ישוב נפרד" (עמ' 63, 64 לדוח המלצות החוקרת להתנגדויות, תחת הפרק של: "האוכלוסייה הבדואית שמחוץ לישובים המוכרים"; ההדגשות הוספו). הנה כי כן, החוקרת אמנם המליצה על הוספת "סימבול" לישוב כפרי ואולם לא בתחום התכנית המוצעת נשוא הערר, ולא במיקבצי אום אלחיראן, אלא צפונית מזרחית לשם – במתחם עתיר. ביום 20.7.10 החליטה הוולנת"ע לקבל את רוב רובן של המלצות החוקרת, ובכלל זה, קבעה גם הכרה בכפר עתיר/אום אלחיראן במקום מושבו של המתחם הצפוני יותר, עתיר, והוצע כי האוכלוסייה שמתגוררת במתחם אום אלחיראן תעבור למתחם עתיר לאחר תכנונו והסדרתו. עם זאת, ביום 16.11.10, החליטה הוולנת"ע, לאחר דיון חוזר, כי אין מקום לאפשר את שטח החיפוש עבור יתרת שבט בני אלקיעאן, שלא עברו לחורה, ואשר מתגוררים בעתיר ובאום אלחיראן, אף באזור מתחם עתיר, דהיינו הוחלט על דחיית המלצות החוקרת. ההנמקות שניתנו על ידי הוולנת"ע לשינוי בהחלטתה הן אלו:

1. בפני הוולנת"ע הובאה בקשת נציג משרד ראש הממשלה לקיים דיון חוזר בתוכנית וכן בקשתו שלא לקבוע את עתיר ותל ערד כמרחבי חיפוש והנימוקים להם.
2. הוולנת"ע שוכנעה כי המידע שהוצג בפניה - ובכללו הבשלת משא ומתן בין המדינה לבין נציגי הפזורות והשקעה ניכרת של משאבים תקציביים ע"י המדינה על מנת לקדם פיתוח באל חורה, בהתאם להסכמות שהתקבלו - הינו מידע נוסף ומהותי, המצדיק קיום דיון חוזר בתוכנית ובהחלטות שהתקבלו בנושאים אלו.
3. במהלך הדיון הוצגו בפני הוולנת"ע על יד החוקרת הנימוקים להמלצתה לקביעת שטחים אלו כמרחבי חיפוש, ובתוך כך ההתנגדויות שהוגשו לעתיר ותל ערד. בנוסף, במהלך הדיון הוצגה התייחסות תכנונית למרחב של צפון המטרופולין, המאופיין ברגישות נופית-סביבתית גבוהה והמצוי, ברובו, בתחום מרקם שמור-משולב בתמ"א 35.
4. ככלל הוולנת"ע מאמצת את עמדת החוקרת שיש לאפשר, במסגרת תכנית המתאר המחוזית, מרחב גמישות רב ככל הניתן לשם מציאת פתרונות התיישבות לפזורה הבדואית. עם זאת, רואה הוועדה חשיבות ומחויבות בתמיכה במטרתה של המדינה להסדיר באופן ראוי ובהסכמה את פתרונות ההתיישבות. לפיכך מחליטה הוועדה שיש לקבל את הבקשה ולתקן את החלטותיה הקודמות כך שאזור עתיר ותל ערד לא יקבעו כמרחבי חיפוש. ייעודם יישאר כפי שהיה בתוכנית המופקדת.
5. הוולנת"ע מדגישה כי החלטתה זו מבוססת על המידע שהתקבל לפיו ישנם פתרונות חליפיים, מוסכמים, ושהוכנו למגורים עבור תושבים אלו.
6. לבקשת חברי הוועדה סוכם כי מידע הנוגע להמלצות וועדת היישום של דוח גולדברג, או מידע תכנוני אחר הנוגע למטרופולין, ככל שיתקבל, יובא ע"י מינהל התכנון לידיעת הוועדה.
7. הוולנת"ע מבקשת להדגיש את חשיבות התוכנית בכללותה, הן להסדרת ההתיישבות הבדואית, הן למטרופולין באר שבע והן למדינה בכללותה. **ההחלטות התקבלו פה אחד** (ההדגשה במקור).

70. על רקע האמור, ניתן לסכם ולומר, כי כפי שאין העוררים יכולים, במסגרת הדיונים בתכנית המוצעת, להשיג על עצם הצורך בהקמת ישוב חדש חירן, לנוכח החלטת הממשלה בעניין ומשזו הוסדרה כבר במסגרת תמ"מ 27/14/4 המאושרת, כך גם אין הם יכולים לתקוף את ההחלטה שלא להקים במתחם אלחיראן ישוב לפזורה הבדואית, משפתרון כזה לא הוסדר במסגרת תמ"מ 23/14/4 (ואפילו החוקרת סברה כי מדובר בפתרון לא ראוי).

71. לסיום נושא זה, אין זה למותר להפנות לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל**, הנזכר לעיל. באותו מקרה, נתקפו החלטת הוועדה המחוזית והמועצה הארצית לתכנון ובנייה, כל אחת בתורה, שעניינן באישור תכנית שבמתכונתה המופקדת, היא יועדה ליישוב בדואי, אך בשינויים שנערכו בה בשלב מאוחר (לאחר דחית ההתנגדויות) היא הפכה לתכנית ליישוב אחר – ישוב קהילתי כפרי ללא אפיון לאוכלוסייה מסוימת (ישוב גבעות בר שליד באר-שבע). השאלה היתה, האם ישמש היישוב כיישוב כפרי להתיישבות בדואית בכלל, ולמגוריהם של בני השבט הבדואי אל עוקבי בפרט, או שישמש כיישוב קהילתי - כפרי ללא אפיון לאוכלוסייה מסוימת. טענות העוררים, בני השבט עוקבי, שלפיהן, על היישוב לשמש להתיישבות בדואית, וכי שינוי אופיו של הישוב הנו מפלה ומקפח, נדחתה, בין היתר, בהנמקה הבאה:

"המועצה הארצית לתכנון ולבנייה הייתה ערה למצוקה ולתנאי החיים הקשים בהם מתגוררים הבדואים בכלל ושבט אל עוקבי בפרט, ולצורך לפתור בעיה זו. אולם, היא סברה שנושא זה מקבל טיפול במישור המערכתי הכולל, ואף ציינה בהחלטתה את הצעדים שנקטו בעבר וננקטים כיום כדי לקדם את מצוקתה של האוכלוסייה הבדואית. על רקע זה היא סברה, שבעיית מצוקת הדיור וההתיישבות של שבט אל עוקבי צריך שתמצא פתרון במסגרת כלל מערכתית.

המערערים אכן מעלים בערעורם שאלות נכבדות, הן במישור הכללי - של ההתיישבות הבדואית בכללותה, והן בהתייחס לשבט אל עוקבי בפרט. **הם מלינים על כך שמדיניות המשיבים 'הייתה ניתוקם של הבדואים מהחקלאות ומהקרקע ושאיפה לכך שהחקלאים היחידים בנגב יהיו היהודים** (תוך העסקת פועלים בדואים ועכשיו גם תאילנדים). לטענתם, במצב התעסוקה הנוכחי בישראל בכלל ובנגב בפרט, העיירות הן ריכוז של מובטלים, כשיושביהן יכולים, לכל היותר, לשמש פועלים שחורים, עובדים שכירים, כוח עבודה זול לחקלאות, לבניין ולתעשייה ביישובים היהודיים. על רקע זה תובעת המערערת 1, לטענתה, מזה שנים רבות הקמתם של כפרים לבדואים, כמו מושבים, שבהם יוכלו הבדואים לעסוק בגידול בעלי חיים ובגידולים חקלאיים באופן קבוע. גם עתירתו של שבט אל עוקבי מתייחסת בניסיון לפתור את מצוקת הדיור של בניו בדרך של התיישבות כפרית-חקלאית, ולא באמצעות פתרונות אחרים (עירוניים) שהוצעו לו על-ידי הרשויות.

אולם, סוגיה זו בדיוק נבחנת כיום על-ידי הרשויות במסגרת השינוי לתכנית המתאר המחוזית....

על רקע זה, אני סבור שעמדתה של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, לפיה פתרון בעיית ההתיישבות הבדואית הכפרית-חקלאית בכלל וזו של שבט אל עוקבי בפרט, צריך שייבחן ויוסדר במסגרת מערכתית כוללת, נופלת במתחם הסבירות הפתוח בפניה והיא אינה מצדיקה התערבותו של בית המשפט (פסקה 15; ההדגשות הוספו).

בענייננו, מלכתחילה יועד היישוב המוצע חירן כיישוב לאוכלוסייה הכללית, ולא כיישוב בדואי, וגם החוקרת לא סברה שיש מקום ליישוב בדואי במקבצי אום אלחיראן, והחלטת הולנת'ע היתה כי ישוב חורה מספק את הפתרון היישובי הייעודי לבני שבט אבו אלקיעאן, ולפיכך, דברי בית המשפט העליון, יפים בבחינת קל וחומר.

האמנם מטרת התכנית המוצעת היא להקים ישוב ליהודים בלבד?

72. לאחר ההבהרות דלעיל, נוכל עתה להתמקד בלזו טיעוניהם של העוררים.

73. העוררים חזרו והעלו לאורך עררם, כמו גם בטיעוניהם בעל פה, את הטענה כי מוסדות התכנון נוקטים מדיניות של הפרדה פסולה במגורים. בטיעוניהם הם לא העלו במישרין טענות כנגד המדיניות, הבאה לידי ביטוי בתמ"מ 23/14/4, בהתאם להחלטות הממשלה, להקים בנגב יישובים ייעודיים לאוכלוסייה הבדואית, שייתנו מענה למאפייני אוכלוסייה זו ולצרכיהם המיוחדים, לצד הקמת יישובים לאוכלוסייה הכללית (שבהם יכולים גם בני הפזורה להשתלב, אם רצונם בכך). טענתם בעניין הפרדה פסולה במגורים נטענה במישרין כלפי ישוב חירן המוצע בלבד.

74. מכל מקום, חשוב לציין גם את מה שהיום מובן מאליו, והוא כי מדיניות הקמת יישובים לפזורה הבדואית לצד הקמת יישובים לאוכלוסייה הכללית, אינה בשום אופן מדיניות הפרדה פסולה במגורים. מדובר במדיניות תכנונית לגיטימית, ואף רצויה וראויה, אשר מבוססת דווקא על לקיחה בחשבון של צרכי בני הפזורה.

75. בית המשפט העליון בבג"ץ 528/88 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989), עמד על חשיבות המדיניות בדבר הקצאת קרקעות לבדואים במסגרת מדיניות העדפת התיישבותם ביישובי קבע, לאחר שתיאר את מאפייני אוכלוסיית הבדואים וצרכיהם המיוחדים. כפי שציין בג"ץ, המיעוט הבדואי מהווה מיעוט אתני במדינת ישראל בעל צביון וייחוד שנוודותו היא שמגדירה את אורח חייו. בעשורים האחרונים, הבדואים עוברים תהליך של התיישבות קבע בצורה לא מאורגנת ובשל ארעיות התהליך, מצטברות תופעות קשות ושלימות, ובכלל זאת, השתלטותם על קרקעות, ביצוע בנייה לא חוקית על ידם, וחוסר בשירותים ציבוריים חיוניים. על רקע זה, וכפי שהובהר בפסק הדין, במטרה לסייע לצרכי האוכלוסייה הייחודית והחשיבות במתן שירותים נאותים, שאותם ניתן לספק רק במסגרת התיישבויות קבע, ובשל האינטרס הציבורי הקשור בייחודיות הקבוצה, גובשה כבר בשנות ה-60 מדיניות ממשלתית להקמת יישובי קבע מתוכננים. יישובים אלה מוקמים על יסוד הבנת הצרכים הייחודיים והתאמת היישובים לתרבות הבדואית ואף למבנה הפנים חברתי - בין החמולות והשבטים השונים; אחרת הייתה המדינה נתקלת בסירוב מצידם. ואכן, היישובים הבדואים מיועדים, כל אחד מהם, לשבטים ופלגים בדואים מסוימים, בשל הרגישות המיוחדת של הבדואים להשתייכותם השבטית, הפלגית או המשפחתית. בהקשר של הסדרת ההתיישבות, המדינה פעלה ופועלת כאמור לעידוד ההתיישבות על-ידי סבסוד האדמות במחיר נמוך, ועדות אכלוס ממיינות את הפונים לפי החלוקה הפנים חברתית ועוד.

על רקע האמור, בעניין אביטן דחה בג"ץ עתירה של יהודי שביקש לחכור קרקע מהמינהל בהתיישבות שהמינהל החליט להחכיר בה מקרקעין לבדואים בלבד, על פי התנאים המיוחדים והמעדיפים של המגזר הבדואי, וזאת במסגרת המדיניות להעברת הבדואים להתיישבויות קבע. בג"ץ דחה את טענת האפליה שהועלתה על ידי העותר, ואף סירב לתן לו סעד חלופי שלפיו הוא יהא רשאי לחכור את המקרקעין בתנאים רגילים, וזאת, על יסוד עמדת המומחים מטעם המדינה, שלפיה, טובתה של האוכלוסייה לעת הזו היא שלא יתערבבו בתוכה מי שנמנים על האוכלוסייה הכללית (עמדה שבג"ץ לא מצא לנכון להתערב בה, חרף הצגת עמדה אחרת על ידי העותר). בג"ץ קבע כי מדובר במדיניות בתקופת מעבר, עד להתערותם של הבדואים בחברה הישראלית, כפי שאלה ימצאו לנכון. פסק הדין הוא דוגמא למצבים מיוחדים שבהם טיפול נפרד אך שווה – שווה במובן המהותי, להבדיל מ"הטכני" – הוא טיפול חוקי. ובלשונו של כב' הנשיא דאז, אהרן ברק: "עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה"טכני" או "הפורמאלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם,

או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצרכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש. לפיכך, השאלה המתעוררת כשנטענת טענת הפליה אינה רק אם פלוני מופלה לטובה לעומת אלמוני, אלא יש גם לברר, אם ההפליה היא בלתי מוצדקת. דהיינו, האם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה. ההבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה" (פסקה 3).

76. בבג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, (2000) הפנה בג"ץ בהסכמה לעניין אביטן, כמקרה שבו הוכרה האפשרות להקצות משאבי קרקע לבנייה בעבור קבוצת אוכלוסין אחת – שם קבוצת הבדואים, אשר על-פי צרכיה יש הצדקה לאפשר לה בנייה נפרדת, וקבע: "... ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צרכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה אישית שלו" (פסקה 3; ההדגשה הוספה). על רקע זה, מדיניות ההקצאה של קרקע לבניית ישוב נפרד לאוכלוסייה עם מאפיינים מיוחדים הוכרה כמדיניות מותרת גם בהקשר של האוכלוסייה החרדית, תוך שנקבע כי הדבר נועד לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה (ראו: בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש-ממשלת ישראל פ"ד נג (2) 241; עניין חריש).

77. על רקע התפישה כי בשל אפיוניה וצרכיה המיוחדים, יש להסדיר עבור הפזורה הבדואית יישובים ייעודיים להם, ולא די ביישובים עבור האוכלוסייה הכללית, הוקמו במהלך השנים יישובים רבים. תחילה הוקמו שבעת יישובי הקבע הראשונים (רהט, לקייה, חורה, תל שבע, שגב שלום, ערוער וכסייפה), ובמהלך העשור האחרון הוקמו יישובים נוספים בשטח המועצה האזורית אבו בסמה. המועצה האזורית אבו-בסמה הוקמה ביום 9.12.03, במטרה לשמש מסגרת מוניציפלית ותכנונית להקמת יישובים חדשים לאוכלוסייה הבדואית בנגב, ובהתאם להחלטת הממשלה מס' 881 מיום 29.9.03 על הקמת 8 יישובים לבדואים בנגב. כיום, כוללת מועצה אזורית זו 11 יישובים בדואים המפוזרים על פני שטח נרחב. נציין שארבעה יישובים נוספים נמצאים בהליכי תכנון.

78. בדוח ועדת גולדברג הומלץ להסדיר פתרון לסוגיית התיישבות הלא מוסדרת, באשר זה חיוני לקידום האוכלוסייה הבדואית ונחוץ לפיתוח הנגב. בדוח היישום לוועדת גולדברג, הומלץ כי הפתרון לסוגיה זו יעשה בהתאם להנחיות, האפשרויות והמגבלות של תוכנית המתאר המחוזית למטרופולין באר שבע, תמ"מ 23/14/4, שאושרה על ידי הולנת"ע, ואשר מבוססת על תכנית אב למטרופולין באר שבע שקדמה לה. כאמור בדוח היישום, מסגרת תכנונית זו נותנת מענה באמצעות הרחבות צמודות דופן של יישובים קיימים כדי שיכילו ריכוזי פזורה, קליטת תושבים ביישובי המועצה האזורית אבו בסמה וביישובים הוותיקים, ובאמצעות הקמת התיישבות חדשה ככל שיידרש.

79. תמ"מ 23/14/4 מגדירה את מרחב הפתרונות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב, תוך הבטחת הצרכים הכלל-ארציים והמטרופוליניים לדור הנוכחי ולדורות הבאים. התפישה שעליה מבוססת התמ"מ הינה שיש לאפשר מגוון רחב של פתרונות התיישבות, לרבות, הסדרת התיישבות בלתי מוסדרת של בדואים בנגב באזור מושבה או בקרבה מיידית, במקרים המתאימים. התמ"מ מאפשרת גמישות תכנונית באזור נרחב שנקבע בה לצורך הסדרת התיישבות הבדואים, המוגדר בתמ"מ כאזור "נוף כפרי חקלאי משולב", שבו ניתן יהיה לאשר תכניות שמאפשרות התיישבות חדשה והרחבת התיישבות קיימת, ללא צורך

בעריכת שינוי לתמ"מ. התמ"מ מאפשרת פתרונות התיישבות מגוונים בכפוף לכל השיקולים, ובכללם, שיקולי עלות, בלי שהיא קובעת מראש את פתרונות ההתיישבות המדויקים לאותם מקרים שעדיין לא גובשה לגביהם הסדרה תכנונית מפורטת.

80. ואולם, חשוב לציין כי, כפי שהתמ"מ, המתייחסת לכלל היישובים במטרופולין באר שבע, מגדירה היכן ניתן לאפשר התיישבות בדואית ייעודית חדשה או הרחבת התיישבות קיימת, כך מגדירה התמ"מ אזורים בהם לא תתאפשר התיישבות בדואית כהתיישבות ייעודית; זאת, כדי לאפשר, כמובן, הקמת התיישבויות חדשות והרחבת התיישבויות קיימות המיועדות לציבור הרחב.

81. הנה כי כן, מדיניות הקמת התיישבויות לאוכלוסייה הבדואית ככזו (בלי, כמובן, לגרוע מזכותם לגור גם בישובים המיועדים לאוכלוסייה הכללית) מקורה בצורך לתת מענה מיוחד לקבוצה בשל מאפיינים וצרכיה המיוחדים. מנגד, מובן מאליו שמתבקש, ואף מתחייב, להקים לצד היישובים הבדואים, גם יישובים לאוכלוסייה הכללית, שיתאימו מבחינה תכנונית לצרכים המגוונים של אוכלוסייה זו, ועל מערכת התכנון לשקוד ולהבטיח גם זאת. אין זו מדיניות פסולה של הפרדה במגורים, אלא מדיניות מותרת, רצויה ואף חיונית. המתיישבים הבדואים בישובים אלה נהנים ממדיניות (מותרת) של העדפה, באמצעות הקצאת קרקע על ידי המדינה בפטור ממכרז, במחירים מסובסדים ובהטבות נוספות, בהשוואה למדיניות ההקצאה לאוכלוסייה הכללית.

82. על רקע האמור, ניתן עתה לעבור לדיון בלזו טענות העוררים, והוא הטענה כי לתכנית מטרה פסולה להקים ישוב יהודי על חשבון אוכלוסייה בדואית הגרה במקום ותוך הפליית לרעה על רקע לאומי-דתי; שאם לא כן, כך הם טוענים, התכנית היתה מסדירה את בתיהם ומאפשרת להם להשתלב בישוב החדש. לפיכך, כל שמבקשים העוררים, כפי שהדברים חודדו על ידם בדיון בעל פה שהתקיים בפנינו, הוא להסדיר במסגרת התכנית המוצעת את הבתים הלא חוקיים שבנו בני השבט אלקיעאן (אף אם בתיקונים כאלה ואחרים), במטרה לסייע להם בדרך זו, כך הם מקווים, בקידום רצונם להשתלב בתכנית כפי שהיא, לצד אוכלוסייה יהודית ו/או אחרת שתתגורר במקום.

83. אין צריך לומר כי ניהול קרקעות המדינה, ככל אקט שלטוני, כפוף לעקרונות המשפט המינהלי והמשפט החוקתי. הוא מוגבל למטרות שהוגדרו לו בחוק, והוא כפוף לעקרונות-על של זכויות אדם, התולשים על כל פעולות המימשל. זכויות אלה כוללות, בין היתר, את הזכות לשוויון (רות גביון ואסנת גריידי שוורץ, חומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות, פורסם באתר הכנסת: huka.gov.il/wiki/material/data/H02-10-2005_8-56-01_hityashvut.doc). כפי שנקבע בפרשת האגודה לסייע והגנה על זכויות הבדואים בישראל: "עקרון השוויון נמנה על ערכי היסוד של מדינת ישראל. הוא מהווה עיקרון יסודי חוקתי, וחלק בלתי נפרד מתפיסות היסוד המשפטיות (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 331-332; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 501). בית משפט זה חזר והדגיש את חובתה של כל רשות מינהלית לנהוג בשוויון בכל פעולה מפעולותיה (י' זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (1999) 165, 185). כך גם בהקצאת קרקעות המדינה. שכן, המקרקעין הוא משאב לאומי. כמות המקרקעין אינה ניתנת להגדלה (ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4), 913, 938), ועל המדינה לכלכל צעדיה בהתחשב במצאי המקרקעין שבידה (בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25, 63. וראה

גם: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 275). הגשמת ערך השוויון בתחום הקצאת המקרקעין, נקבע בפסיקה, מחייבת התחשבות גם בערך של הצדק החלוקתי (בג"ץ 3939/99 לעיל, בעמ' 64-65)... החובה לנהוג בשוויון מוטלת גם על מוסדות התכנון. שכן, 'תפקיד הרשויות השונות, העוסקות בתכנון על-פי חוק התכנון, אינו מוגבל רק לתכנון הפיזי. הוא חייב להביא בחשבון, לשקול ולאזן זה כנגד זה שיקולים שונים, ביניהם גם שיקולים חברתיים ואחרים...' (בג"ץ 1681/90 ועד הפעולה בעניין הרחבת דרך מס' 2 קטע אכדיה נוף-ים נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(1) 505, 518; וראה גם: בג"ץ 237/88 מועצה מקומית גבעת שמואל נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מב(4) 841, 847) (פסקה 14).

איסור ההפליה הנו אבן פינה של שלטון החוק במובנו המהותי (א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מורחבת, 1996) עמ' 271). תחולתו נפרשת גם על הקצאת קרקעות המדינה (עתמ (י-ס) 1888/09 ג'קי אדרי- חבר מועצת העיר בית שמש נ' שר הבינוי והשיכון, אריאל אטיאס (נבו, ניתן ביום 27.12.09). עקרון השוויון קובע, כי אל לה למדינה להפלות בין פרטים שעה שהיא מחליטה להקצות להם מקרקעי המדינה (עניין קעדאן ועניין שיח חדש).

84. כפי שנפסק בעניין קעדאן, ככלל, מדיניות הנוהגת הפרדה במגורים או בתחומים אחרים על בסיס דת או לאום פסולה מבחינת עקרון השוויון, אפילו בהנחה שהמדיניות כלפי כל קבוצה מופרדת היא שווה. עוד נקבע כי התפיסה של 'נפרד אך שווה' מעצם טיבה איננה שווה ומהווה הפליה כלפי קבוצת מיעוט תוך שהיא מחדדת את השוני בינם לבין קבוצת הרוב ומקבעת תחושה של נחיתות חברתית (פסקה 30). אמנם, מימוש ערך השוויון מתיישב כאמור גם עם האפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיה, ואולם, האפשרות לטיפול 'נפרד אך שווה' אפשרית רק באותם מקרים בהם השאיפה לבדלנות מגיעה מתוך קבוצת המיעוט. מנגד, ובשונה מאפשרות ההכרה בזכותה של קבוצה ייחודית לדרוש כי המדינה תאפשר לה לחיות בבדלנות כדי שזו תוכל להמשיך ולקיים את אורחות חייה כרצונה, הציבור הכללי, שאין לו סממנים מיוחדים שמצדיקים לבדלו, יתקשה לקבל טיפול שיאבחנו ויעדיפו מתוך מטרה לשמור על הומוגניות ביישובו. כך למשל, ציבור המשייך את עצמו לזרם הכללי או לזרם הלאומי (אם כי דתי), בהיותו נמנה על הרוב במדינה, יתקשה לקבל טיפול מאבחן ומעדיף במטרה לשמור על אחידות ביישובו (ראו פרשת ג'קי חורי, בפסקה 18). עמד על כך, כב' הנשיא דאז, אהרון ברק, בעניין קעדאן, עת נפסל כאמור הניסיון למנוע מערבים לבנות ביתם ביישוב קהילתי על אדמת המינהל בקובעו: "אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא... ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים 'קבוצה ייחודית' (כלשונו של השופט אור בפרשת אביטן). נהפוך הוא: כל יהודי בישראל, כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים, כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. האגודה פונה אפוא אל רוב רובו של הציבור בישראל. הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלה" (פסקה 30).

מן הכלל אל הפרט :

85. האמנם מיועד הישוב החדש חירן ליהודים בלבד, כטענת העוררים? יש להשיב בשלילה לשאלה זו, ולדידנו, אין כל קשר בין יעוד הבתים הלא חוקיים שבחום התכנית להריסה לבין המסקנה שמבקשים העוררים ללמוד מכך, והיא שמדובר בישוב ליהודים בלבד. מדובר בטענה שלוקה בטשטוש ההבדלים בין השלב התכנוני לבין השלב הקנייני של שיווק המגרשים.

86. אמנם, וכפי שעולה מהחלטת הוועדה המחוזית מיום 1.5.12, תמ"מ 27/4/14 ביקשה להקים ישוב חדש, חירן, כישוב פרברי נוסף, הכולל 2,400 יח"ד במרחב מיתרים-יתיר לצורך משיכת אוכלוסייה חזקה ומגוונת לאזור, ונועד לתרום לחיזוקו ולהתבססותו של מטרופולין באר שבע. ואולם, בכך, למותר לציין, אין כדי ללמד על היות התכנית מיועדת ליהודים בלבד. אוכלוסייה "חזקה ומגוונת" קיימת גם במגזר הלא יהודי.

87. מכל מקום, עיינו בהליכים התכנוניים שקדמו לאישור התכנית המוצעת, ולא מצאנו כל אינדיקציה לכוונה - גלויה או נסתרת - להקים ישוב ליהודים בלבד. כך, החלטת הממשלה הרלבנטית, מיום 21.7.02, מדברת על ארבעה ישובים קהילתיים בנגב הצפוני, ביניהם, הישוב חירן באזור נ.צ. 1990/5805 (מזרחית לישוב מיתר בנגב הצפוני), תוך שהוטל על המינהל לפתח ולהקים את הישוב ומשרדי הממשלה הונחו לסייע ולתמוך בהקמת הישוב ובפיתוחו, ותוך שנקבע כי שיווק הישוב יחל עם סיום הליכי התכנון בפני הוועדה המחוזית. בהחלטת הממשלה לא נאמר כי הישוב מיועד ליהודים בלבד. תמ"מ 27/14/4 עוסקת בהקמת ישוב פרברי חירן, ואין כלולה בה כל אמירה לגבי לאום ודת האוכלוסייה, המיועדת לאכלס את הישוב. לא מצאנו הערות בדבר "ייהוד" המקום בפרוטוקולים. כמו כן, עיינו בהוראות התכנית המוצעת, ולא מצאנו בה אינדיקציה לטענה כי מדובר בישוב "ליהודים בלבד". ככלל, התכנית דנה בהקמת בתי מגורים, מוסדות ושטחי ציבור, וכיוצ"ב, בלי שניתן להסיק מכך שמדובר במבנים שמיועדים באופן בלעדי לציבור היהודי. אמנם, בטבלה המתייחסת לפרוגרמה לשטחי ציבור בתקנון התכנית, צוין באופן ספציפי לגבי יעוד "דת" - בית כנסת ומקווה", ולגבי יעוד "חינוך" צוינו גנים ובתי ספר "ממלכתי" ו"ממלכתי דתי"; אך מדובר בפירוט שהניח, שמטבע הדברים, רוב האוכלוסייה שתבקש לגור במקום תהא אוכלוסייה יהודית, ואולם, אין בכך כדי לייצר חסם למגורים של בדואים בישוב, אם יחפצו בכך, ו/או למנוע מתן "צבע לאומי" אחר למוסדות חינוך ו/או למוסדות דת בתחום התכנית בעתיד, ככל שיתברר שהדבר דרוש, הכל, בשים לב לדינמיקה ההתיישבותית בשטח.

88. ממכלול האמור עולה שהישוב החדש הוא ישוב פרברי שנועד לאוכלוסייה הכללית, בוודאי גם ליהודים, דבר שכמובן אין בו כל דופי. לא זו אף זו, כפי שהבהירו נציגי הוועדה המחוזית בדיון בעל פה בפנינו, פתוחה הדרך בפני העוררים, גם בשלב התכנוני הקרוב של מימוש התכנית המוצעת, להגיש תכנית מפורטת ביחס לשטח המצוי בחלק המתארי שלה, על דעת המינהל כבעלי הזכויות בשטח, ואשר אף תוכל לתן מענה תכנוני הולם לגודל המגרשים הראוי, בשים לב לגודל המשפחות הממוצע במגזר הבדואי, כמו גם מענה פרוגרמטי מתאים לצרכי הציבור הדרושים. תכנית כזו, כך הובהר, תוכל לידון בתוך תקופה קצרה.

89. בשולי הדברים נציין כי נציגי העוררים ביקשו להיתלות בדברים שנאמרו בהקשרים כאלה ואחרים מצד נציגי המדינה כי הישוב המוצע עתיד להיות ישוב יהודי. בהקשר זה הם הפנו לדברי ב"כ המדינה

במסגרת פרוטוקול הדין מיום 6.9.12 בעפ"א (מח-ב"ש) 50761-01-12 **אבו אלקיעאן נגד מדינת ישראל** – **הוועדה המחוזית מחוז דרום** (דיון בערעור שהוגש בסוגיית צווי ההריסה שהוצאו לפי סעיף 212 לחוק), ולפיהם: "מבחינה תכנונית, על חלק מהשטח עתיד לקום ישוב יהודי עפ"י החלטת ממשלת ישראל..." (עמ' 3 לפרוטוקול). עוד הם הפנו לדברי ב"כ המינהל בסיכומיו בפני בית משפט השלום בשתי תביעות הפינוי שהגיש המינהל בעניינם של הנתבעים-שם, ולפיהם: "בכל מקרה יאמר, כי אין כל פגם בתכנון ישוב האמור להיות מוקם על מקרקעי המדינה הרשומים על שמה, וכשם שמתוכננים ישובים שונים לישובים של בדואים... כך מתוכננים ישובים עתידיים לישובים של יהודים" (עמ' 8 לסיכומים). לדידנו, אין בדברים אלה שנאמרו מפי באי כוח המדינה אלא כדי להבהיר שמדובר בישוב שמיועד לאוכלוסייה הכללית, להבדיל מיישוב בדואי-ייעודי. ההתבטאות שלפיה מדובר "בישוב יהודי" היא התבטאות שלא דקא פורתא, שנבעה, להבנתנו, מההנחה שבהיות הציבור היהודי רוב המדינה, הוא ממילא בא בגדר האוכלוסייה הכללית ברזולוציה שבה עסקין (כאשר מדובר בחלוקה בתוך המגזר היהודי, אזי, למשל, המגזר הכללי, עשוי להיות האוכלוסייה שאינה המגזר החרדי, או האוכלוסייה שאינה תושבי אזורי הספר, וכיוצ"ב).

90. לסיכום, יש לדחות את טענת העוררים בדבר מדיניות הפרדה פסולה במגורים ואת טענתם כי הישוב המוצע מיועד ליהודים בלבד. מדובר בישוב המיועד לאוכלוסייה הכללית. הדברים ברורים במסגרת הנוכחית, היא שלב התכנון. אמנם, שלב השיווק אינו מענייננו, אך לכאורה, לעת שיווק המגרשים והקצאת הזכויות בשטח התכנית המפורטת (שלב א') (כמו גם בכל שטח עתידי אחר בתחום החלק המתארי בתכנית לעת שיאושר גם בו תכנון מפורט), ובהתאם להלכת **קעדאן**, תעמוד בפני העוררים, כמו גם בפני כל בני מגזר או ציבור אחר, בכפוף לכל דין, האפשרות לרכוש מגרשים ולגור בישוב החדש, המיועד לאוכלוסייה הכללית (בדומה למשפחות בדואיות רבות המתגוררות בבאר-שבע, בעומר, במיתר, בלהבים, בגבעות בר וכו'). לא זו אף זו, וכפי שכאמור הבהירו נציגי הוועדה המחוזית, פתוחה הדלת בפני העוררים, גם **בשלב התכנוני**, להגיש תכנית מפורטת ביחס לשטח המצוי בחלק המתארי של התכנית המוצעת, על דעת המינהל.

סוגיית הריסת בתי שבט אבו אלקיעאן במסגרת התכנית המוצעת

91. העוררים מוסיפים וטוענים כי החלטת ועדת המשנה להתנגדויות לדחות את התנגדותם להריסת בתי שבט אבו אלקיעאן, כמוצע בתכנית, ואת בקשתם להסדיר את הבתים - פוגעת בזכותם לקניין, לכבוד ולשוויון, וככזו, היא אינה סבירה ואינה מידתית. עוד לטענתם, ועדת המשנה להתנגדויות התבססה על תשתית נתונים לא מספקת בעת שאישרה את ההוראות בתכנית בדבר הריסת הבתים, והסתמכה על הנחות עבודה שגויות ביחס למצב שהיה קיים בפועל בשטח בעת הכנת התכנית. העוררים טוענים לפיכך, שהוראת ההריסה מלמדת על כך שמטרתה הפסולה של התכנית היא לסלק את הבדואים הגרים במקבצי אום אלחיראן לטובת אוכלוסייה אחרת, שאם לא כן, ועדת המשנה להתנגדויות היתה מכשירה את הבתים, למצער אלו שבתחום המגורים המוצעים בשלב א' (גם אם בתיקונים כאלה ואחרים).

92. נציין כי לא נשמעו בפנינו טיעונים מצד נציגי הוועדה המחוזית כנגד הסדרת המבנים במישור התכנוני הטהור בתחום המיועד למגורים בשלב א'. אמנם, נציגי המינהל טענו כי הבתים בנויים מחומרי גלם לא מתאימים, וקיים קושי גם עם מיקומי החניות. ואולם, נציגי הוועדה המחוזית הבהירו בדיון, כי אין הם רואים קושי תכנוני של ממש ביחס לאותם בתים (להבדיל, למשל, מבנים אחרים בתחום הוואדי ויער

נטע אדם), וניתן היה ברמה העקרונית לטפל בנושא זה, בכפוף לשינוי הפרצלציה וקביעת הוראות כאלו ואחרות, אילו אכן, היה מקום להכשיר את הבתים בנסיבות העניין.

93. חרף זאת, אין בידינו לקבל את טענת העוררים כנגד אי הכשרת הבתים, וזאת, בעיקר בשים לב לכך, שמדובר בבתים שנבנו באופן לא חוקי ולנוכח העדר זכויות קנין של העוררים בקרקע והתנגדות המינהל. נפרט את הדברים.

האינטרס של הגנה על שלטון החוק כשיקול שחובה לשקול בטרם הכשרת בנייה בלתי חוקית

94. מדובר בבתים שהוקמו באופן בלתי חוקי, לאמור ללא תכנית כלשהי שאפשרה את הקמתם, שכן ייעודי הקרקע בשטח התכנית היה בעבר שטחים פתוחים/יער/שטחים חקלאיים, ומעולם לא אפשרו מגורים, וממילא ללא היתר כחוק. בשל כך הוצאו צווי הריסה לפי סעיף 212 לחוק, השרירים וקיימים, ואשר גם בלעדי קביעה בתכנית כי הבתים מיועדים להריסה, הצווים מורים לעשות כן.

95. על שום מוסד תכנון אין מוטלת חובה להכשיר בנייה בלתי חוקית. המצב המשפטי הוא הפוך לחלוטין: כאשר מדובר בבנייה בלתי חוקית, שמתבקשת הסדרתה בתכנית מכשירה, נדרשים נימוקים כבדי משקל לעשות כן, באשר נימוק ההגנה על שלטון החוק ומניעת עידוד עבריינות בנייה מהווה שיקול נגד משמעותי לכך. ואמנם, התפישה שהולכת ומשתרשת בשנים האחרונות היא כי יש להעניק משקל בגדרי ההליך התכנוני לאינטרס ההגנה על שלטון החוק ומניעת עידוד עבריינים. גישה זו כבר קנתה אחיזה נרחבת בהחלטות מוסדות התכנון, ובכלל זה ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית, על הרכביה השונים, וזאת בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מיום מס' 8.115, מיום 24.1.01, שעניינה, בקשה לדחיית דיון בהליכים פליליים בשל הגשת בקשה להיתר או תוכנית, מיום 24.1.2001 (להלן בפרק זה: **הנחיית היועץ המשפטי לממשלה**), ופסיקת בתי המשפט. אמנם, וכאמור בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, נקודת המוצא היא שככלל, אין מניעה מלדון בבקשה לאישור תכנית, אך בשל העובדה שמטרתה של התכנית היא להכשיר בנייה בלתי חוקית. עם זאת, וכפי שנאמר בהנחייה: "אין זה מופרך, כי במסגרת מכלול השיקולים שרשאית ועדת התכנון לשקול לעניין הטיפול והאישור של תכנית המוגשת לה על ידי מי שתלויים ועומדים נגדו הליכים פליליים, כאמור, רשאית היא להביא בגדר שיקוליה גם את העובדה שמדובר בבקשה המיועדת להכשיר בדיעבד עבירות בנייה, וכן את השיקול של מניעת עידוד עבריינות בנייה" (סעיף 6 להנחיה).

96. ואכן, היות שיקול ההגנה על שלטון החוק ומניעת עבריינות בנייה בגדר שיקול שאותו יש לשקול בטרם אישור תכנית, עוגן בשנים האחרונות, בפסיקת בית המשפט העליון, תוך הפניה להנחיית היועץ המשפטי לממשלה (ראו: עע"מ 3319/05 אלגריה פונטה נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה ואח' (נבו, ניתן ביום 1.8.05); עע"מ 9158/09, 9150, 9057, דן איגנר ואח' נגד השמורה בע"מ ואח' (נבו, ניתן ביום 20.10.10), שם נקבעו קביעות חשובות ביותר בעניין תפקידן וחובותיהן של רשויות התכנון, להלחם בנגע עבריינות הבנייה, וזאת, לא רק בדרך של אכיפה ישירה על ידי מערכת האכיפה, אלא גם במישור התכנוני, בדרך של דחייה – במקרים המתאימים – של תכניות שתכליתן הכשרת עבירות בנייה. בין היתר, קבע בית המשפט העליון, כי חובת רשויות התכנון היא לשקול את אינטרס ההגנה על שלטון החוק, כחלק מהשיקולים לאישור או לדחייה של תכניות שעניינן הוא הכשרת עבירות בנייה (עמוד 23 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן). ודוק, גם כאשר ננקטים הליכים פליליים נגד מי שהפר את דיני התכנון והבנייה ובנה בנייה בלתי חוקית או עשה שימוש בלתי חוקי בקרקע, אין בכך כדי לגרוע משיקול ההגנה על אינטרס

שלטון החוק (עת"מ (ת"א) 1544/04 יסודות יניב נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה מרכז (נבו, ניתן ביום 5.9.06). בעע"ס 3564/10 **והיד שוקי ואח' נגד מוחמד מוחסאן ואח'** (נבו, ניתן ביום 23.3.11) אף אישר בית המשפט העליון דחיה של תכנית שנועדה להסדיר עבירת בנייה, בנסיבות שבהן, כפי שניתן ללמוד מבין שיטי פסק הדין, החלטת הוועדה המחוזית לדחות את התכנית התבססה כל כולה אך ורק על הנימוק של הגנה על שלטון החוק ומניעת עידוד עבריינות בנייה. וכפי שהכללים סוכמו בפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן בע"א 8171/09 **עבאס חסן, ראש מועצת הכפר אל ג'אניה ואח' נגד מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי ואח'** (נבו, ניתן ביום 20.11.11):

27. 'הכל מסכימים שככלל מוסד התכנון רשאי לשקול את ההגנה על שלטון החוק ואי עידודה של עבריינות' במניין שיקוליו... בעניין איגנר ציינתי אף אני כי ראוי לחייב את מוסדות התכנון לשקול במניין שיקוליהם את אינטרס ההגנה על שלטון החוק וליתן לו משקל הולם... עמדה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה הרווחת בפסיקתנו שלפיה שיקול דעתן של רשויות התכנון אינו מוגבל להסדרת תכנון "פיזי" גרידא, ועליהן להביא בחשבון גם שיקולים בעלי אופי רחב וצופה פני עתיד, ובהם שיקולים כלכליים, חברתיים וסביבתיים... כפי שציינתי בעניין איגנר, אינטרס ההגנה על שלטון החוק והרתעת עבריינות הוא בבחינת עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית... נדבך מרכזי של שלטון החוק טמון בידיעתו של כל מפר חוק כי בעשותו כן הוא צפוי לסנקציה עונשית מאורגנת מטעם החברה. הגנה על שלטון החוק מחייבת אכיפה שוויונית ובלתי שרירותית, שאחרת ייעשה החוק פלסטר, ייפגע אמון הציבור ברשויות השלטון ויישחק גורם ההרתעה מפני הפרת החוק... עמד על כך הנשיא מ' שמגר בהתייחס לדיני התכנון והבנייה, בקובעו: "בנייה שלא כדין היא לא רק תופעה, החותרת תחת התכנון הנאות של הבנייה, אלא השלכותיה מרחיקות לכת יותר: היא בין התופעות הבולטות, הפוגעות בהשלטת החוק. מי שעושה דין לעצמו פוגע באופן הגלוי והברור בהשלטת החוק" (ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד לח(1) 494, 500 (1984)... מטעמים אלה, שומה על מוסדות התכנון להקנות לעקרון השמירה על שלטון החוק משקל ראוי והולם בין יתר השיקולים הנשקלים על ידם.

28. בצד זאת, שיקול זה לעולם אינו השיקול היחיד. פגיעה בשלטון החוק, אפילו היא פגיעה חמורה, לא תגרור אחריה מניה וביה פסילה של המעשה המינהלי. על מוסד התכנון להפעיל את שיקול דעתו על יסוד מכלול השיקולים הפרטיקולאריים שלפניו, כשאינטרס ההגנה על שלטון החוק – מבלי לגרוע מעוצמתו – הוא אך אחד משיקולים אלה. אופן הפעלת שיקול הדעת, כמכלול, הוא שנתון לביקורת שיפוטית בהתאם לאמות המידה המקובלות" (ההדגשות הוספו).

97. לסיכום, לשיקול ההגנה על שלטון החוק יש לתת משקל, ואף משקל הולם, בהחלטת מוסד תכנון אם להכשיר בנייה לא חוקית. גישה זו, למותר לציין, מוחלת הלכה למעשה ביחס לכלל המגזרים, וללא אבחנה, חלילה, בשאלה, כלום מדובר במגזר היהודי או הערבי. קיימות בעניין זה דוגמאות רבות של החלטות מוסדות התכנון.

העדר זכויות של העוררים בקרקע

98. ודוק, כל שאמרנו כוחו יפה גם כאשר הבנייה הבלתי חוקית נעשית על ידי מי שיש לו זכויות בעלות או חכירה בשטח (פסקי הדין הנזכרים התייחסו למקרים שכאלה). ברור שהדברים חלים ביתר שאת שעה שהבנייה נעשית על ידי מי שאין לו זכויות כאלו בקרקע, ומטרת בקשת ההכשרה של הבנייה היא למעשה לכפות את מציאותו בשטח על בעל הזכויות החוקי בקרקע, וכזה הוא המצב במקרה דנן, בהיבט המשפטי הפורמאלי.

99. כפי שעולה מנסחי הרישום בתיק, מדובר במקרקעין רשומים אשר עברו הליכי הסדר והינם רשומים על שם מדינת ישראל החל משנות השמונים של המאה הקודמת. היות ומדובר במקרקעין רשומים, ובהתאם להוראת 125 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969 (להלן: **חוק המקרקעין**) מהוה הרישום לגביהם ראייה חלוטה. על פי הוראת סעיף 159 לחוק המקרקעין לא קיימת התיישנות במקרקעין מוסדרים היינו, לא ניתן לרכוש בהם זכויות כלשהן. על פי הוראת סעיף 81 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש] תשכ"ט-1969 (להלן: **פקודת ההסדר**), רישומו של מקרקעין מבטל כל זכות הסותרת את אותו רישום (בכפוף לאפשרות מצומצמת של שינוי או תיקון על פי פקודת ההסדר, באמצעות הליך בבית המשפט). מכאן שאף לו עמדו לעוררים בשלב כזה או אחר זכויות כלשהן במקרקעין, הרי שמעת הרישום, וודאי לא עומדת להם כל זכות נטענת שכזו. הוראות החוק הנזכרות, מעגנות את עקרונות הסופיות ועליונות הראיה, ומגמת המחוקק בחוקקו את סעיף 81 לפקודת ההסדר היתה שההסדר מוחק את שקדם לו לגבי אותה זכות ושהדרכים לסתירת הרישום בטענת זכויות שמקורן לפני פתיחת הספר החדש, יהיו מצומצמות ביותר (ע"א 518/86 **אבו סולב נ' מינהל מקרקעי ישראל** פד"י מב(4) 518, 520 פסקה 3). נוסף, כי לפי המידע שנמסר לנו בדיון על ידי נציג המינהל, שעליו לא חלקו העוררים, לא הוגשו על ידי העוררים תביעות במסגרת ההסדר בשעתו, או תביעות לפתיחת הליך ההסדר מחדש; ומכל מקום, המירשם הוא זה המנחה את מוסדות התכנון (בהעדר הכרעה שיפוטית אחרת ביחס למקרקעין הרלוונטיים).

גם לפי פסיקת בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי, כל אחד בתורו, בשתי תביעות הפיננסי שהוגשו, ואשר רלבנטיות לעוררות 1-6, שהן בנותיו של אחד הנתבעים-שם, כל שהיה לעוררים הוא רשות מהבעלים לשימוש בקרקע, ללא תמורה, ומדובר ברשות הדירה, ועתה אין להם זכויות כלשהן במקרקעין.

100. משהעוררים אינם בעלי הזכויות בקרקע שעליה מתוכנן הישוב, אין הם יכולים לכפות על בעל הזכויות בהם, המינהל, את הסדרת הבנייה הבלתי חוקית שבנו, על אפו ותמתו, וקשה עתירתם למוסד התכנון שיכשירה בנסיבות כאלו. כפי שנקבע בפרשת **האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל** (שם ביקשו, כזכור, בני הפזורה משבט עוקבי ליעד יישוב שיועד לאוכלוסייה הכללית ליישוב בדואי):

"במקרה שלפנינו, המערערים אינם בעלי הקרקע עליה מתוכנן היישוב. מדובר באדמות מדינה. אישור התכנית מחייב קבלת הסכמתו של בעל המקרקעין עליהם היישוב אמור להיות מוקם. בהיעדר הסכמה כזו, וזה המצב שלפנינו, הפתרון היחיד האפשרי במישור התכנון והבנייה הוא הפקעת המקרקעין. פתרון כזה מחייב שינוי התכנית הקיימת (לפיה יועדו להפקעה רק מקרקעי הציבור שבתכנית), כמו גם מימון לצורך פיצוי בעלי הקרקע. המערערים לא הציעו לילך בדרך זו ונראה שהדבר גם אינו מעשי" (פסקה 22; ההדגשה הוספה).

101. לטעמנו, ניתן אף להוסיף ולגזור אנלוגיה גם מהוראת סעיף 61א(ב) לחוק. הוראה זו קובעת כי: **"משדר ממשלתי, ועדה מקומית או רשות מקומית, כל אחת בתחום מרחבה, וכן בעל קרקע או מי שיש לו עניין בקרקע (להלן – מגיש התכנית), רשאים להכין תכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת ולהגישה לוועדה המקומית..."** (ההדגשה הוספה). נקודת המוצא היא שככלל, תנאי לכך שזים פרטי יחשב ל"מי שיש לו עניין בקרקע", כמשמעות ביטוי זה בהוראת הסעיף, ויוכל להגיש תכנית, הוא שהוא יהיה בעל זכות בעלות או חכירה או שיהיה בעלים במושע בחלקות נשוא התכנית יחד עם בעלים אחרים, או בעל זכות או הרשאה לתכנן בחלקות הנכללות בתכנית. הפסיקה של בתי המשפט המתוזזים התחבטה בשאלה מה צריך להיות שיעור חלקו של הזים הפרטי המגיש תכנית כדי שהוא יחשב כמי שיש לו עניין

בקרקע¹. ואולם, הכל מסכימים, כי בעל עניין בקרקע היכול ליזום תכנית, לא יכול שלא תהיה לו כל זכות בעלות או חכירה או הרשאה לתכנן בשום חלק של הקרקע. מכאן, שאילו ביקשו העוררים ליזום תכנית להכשרת הבתים שבהם הם מתגוררים, תכנית כזו היתה נדחית על הסף, מהטעם שאינם מי שיש לו עניין בקרקע. כלום יתכן שבעת שהבעלים יזום תכנית ביחס לשטח שבבעלותו, תישמע טענתם, חרף התנגדותו, כי יש להסדיר את הבתים ובדרך זו למעשה "לערוך תכנית" בעקיפין בשטח שאין להם כל זכויות בו? דומה כי התשובה מתבקשת מאליה.

102. ממילא, וגם אילו אפשר ונכון היה להסדיר את הבתים בגדרי התכנית, הרי שלא ניתן יהיה לקבל בשלב הבא היתרי בנייה להכשרתם ללא הסכמת המינהל, כבעל הזכויות בקרקע, והוא הרי מסרב לכך בתוקף. מה הטעם, אם כן, בכפיית ההסדרה על המינהל!?

שאלת היות ההתיישבות במקבצי אום אלחיראן התיישבות בדואית מוקדמת

103. לעובדת הבנייה הבלתי חוקית והעדר זכותם של העוררים בקרקע לפי המצב המשפטי, כמפורט לעיל, לא היתה התיישבות של ממש בטיעוני העוררים. במקום זאת, העוררים טענו, חוזר וטענו, ואף בהדגשה יתירה, כי הם התגוררו בשטח זה כ-55 שנים, לאתר שעברו לשם בהוראת המושל הצבאי, וכי ועדת המשנה להתנגדויות טעתה בכך שדחתה טענה זו וקבעה כי מרבית ועיקר הבנייה בוצעה בשנים האחרונות, לעת שבה הוחל לקדם את התכנית, ובמטרה לקבוע עובדות בשטח.

104. איננו סבורים כי יש חשיבות כה רבה להכרעה העובדתית במחלוקת זו; שכן, גם בהינתן ההנחה שהעוררים התגוררו במקום עשרות שנים, עברו לשם בהוראת המושל הצבאי, והיו בשטח, ברשות המינהל, כטענתם, עד לשנים האחרונות שאז המינהל שינה מעמדתו – אין בכך כדי להצדיק את כפיית הבנייה הלא חוקית במקרקעי המינהל על המינהל, וזאת מהטעמים שמנינו לעיל.

105. מכל מקום, נציין, כי התשתית העובדתית שהונחה בפנינו תומכת בטענות נציגי הוועדה המחוזית והמינהל, שלפיהן, המסה המשמעותית של המבנים במקבצי אום אלחיראן נבנתה אכן בשנים האחרונות, בעת שכבר הוחל בהכנת התכנית להקמת הישוב החדש חירן, ואילו ההתיישבות הבדואית הוותיקה, של בני שבט אלקיעאן הינה במתחם **עתיר**, שאינו בתחום התכנית. נתון עובדתי זה דווח לנו ב"עדות ישירה" של הגב' רות חן והגב' מיכל דרווין קלינהאוז, שנכחו בדיון בעל פה בפנינו, מטעם עורך התכנית עבור המינהל, האדריכל יורם פוגל, ואשר מסרו לנו כי בשנת 1998, עם תחילת התכנון של ישוב חירן, ועת ביקרו בעצמן בשטח התכנית, ביחד עם מתכנת המחוז וגורמים נוספים, הן נוכחו לדעת כי במקום **מבנים בודדים פזורים בלבד**, ובשטח היו בעיקר מבני פח. תצלומי האוויר שהוגשו לנו מהשנים 1995 ו-1998, ואשר עמדו גם בפני ועדת המשנה להתנגדויות, תומכים בתמונת דברים זו. נציין כי נתונים דומים עולים גם מתצלומי אוויר של מרכז מיפוי ישראל (מפ"י), הנמצא במחלקת ממ"ג (GIS) במשרד הבינוי והשיכון, שם נמצאו נתונים הזמינים הם לשנים מ-1999 ועד 2010. הממצאים העולים מתצלומי אוויר אלה הם שבמהלך העשור הנזכר היתה האצה בבנייה בשני הריכוזים בתחום אתר שלב א' של תכנית חירן

¹ ראו: עת"מ 1356/01 פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ נגד הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה תל אביב ואח' (נבו, ניתן ביום 15.7.02) ועת"מ (י-ם) 1051/02 מרדכי גבריאלי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ירושלים, [נבו, ניתן ביום 2.7.03], שבהם ננקטה גישה מקלה עם עורך התכנית לגבי היקף הזכויות שבידו הנדרש לצורך קידום תכנית המשתרעת גם על מקרקעין אחרים, שאין לו בהם זכויות. מנגד, ראו: עת"מ (י-ם) 129/00 ועד עין כרם ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה (פורסם בנבו, ניתן ביום 5.3.01), עת"מ 1244/05 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה משגב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז הצפון (נבו) ועת"מ 8747-05-10 עיריית ראשון לציון נגד ועדת המשנה לעוררים של המועצה הארצית (נבו, ניתן ביום 21.6.11) שבהם ננקטה גישה מחמירה עם עורך התכנית בהקשר זה.

– המרכזי על הגבעה והדרומי בוואדי. כך, בעוד שבשנת 1999 היו באתר המרכזי 10 מבנים, ובאתר הדרומי 12 מבנים (ואפשר וחלק מהמבנים שימשו ומשמשים למטרות חקלאיות ולא דווקא למגורים), הרי שבשנת 2004 היו 13 ו-12 מבנים, בהתאמה; בשנת 2007 היו 17 ו-16 מבנים בהתאמה; בשנת 2008 היו 18 ו-18 מבנים בהתאמה, ובשנת 2010 היו 23 ו-13 מבנים בהתאמה; לאמור, במהלך העשור מספר המבנים כמעט הוכפל לכ-40 מבנים². כן נציין כי גם האמור במסמך לובראני, שבו נתלו העוררים, אינו מציג תמונת התיישבות העומדת בסתירה לממצאים אלה, אלא להיפך. במסמך זה מפרט מר לובראני, בין היתר, כי בני שבט אלקיעאן, "המונה כ-200 נפש, ישב אתר מלחמת השחרור על אדמה נטושה בסביבות בית קמה – דביר – להב [...] ללא תוזי חכירה... עקב לחץ אשר הופעל ע"י הממשל הצבאי ... הסכימו כ- 2/3 מהם... להעתיק מקומות מגוריהם **לסביבות עתיר...**" (ההדגשה הוספה). כלומר, ההתיישבות המוקדמת היתה בעתיר, להבדיל מאום אלחיראן. ואם בכל אלה לא די, הרי שצודקים נציגי הוועדה המחוזית בטענתם כי אילו היו בתים במקבצי אלחיראן במסגרת התיישבות בדואית מוקדמת, הרי שמצופה היה שבעת הדיונים בתמ"מ 27/14/4 - אשר קודמה בתחילה כתכנית משותפת ליישובים חירן ועומרית - היתה מוגשת התנגדות עמותת הכפרים הלא מוכרים ליישוב חירן, בשל התיישבות של פזורה באזור, בעוד שבפועל, הוגשה התנגדות כזו ליישוב **עומרית** בלבד.

106. העוררים ביקשו להיתלות בהכרעה בתביעות הפיננסי, שבגדרה נקבע ממצא עובדתי בדבר מגורים בשטח מאז שנות ה-50 של המאה הקודמת. ברם, ספק בעינינו, אם הם יוכלו להיושע ממצא זה: ממצא זה נוגע לעוררות 1-6 בלבד שהינן בנותיו של מר עטוה חסיין אבו אלקיעאן, שבעניינו ניתן פסק הדין. בנוסף, מתוך פסקי הדין לא ברור האם דובר בקיום בתים קשיחים במקום או מבני פח, למשל, או צריפונים, ובהחלט לא מן הנמנע, כי הבנייה מחומרים קשיחים נעשתה רק בשנים האחרונות. כפי שצוין, גם מתצלומי האוויר ניתן להתרשם שבעבר היו שם גם מבני פח. מכל מקום, גם אם היו מבנים במקום בשנות ה-50, יהא טיבם אשר יהיה, מדובר, במבנים מועטים והמסה הנרחבת יותר היא תולדה של בנייה בשנים האחרונות. נציין כי נציגי העוררים אישרו בהגינותם בדיון שבפנינו כי המבנים הנוספים נבנו במטרה לתן מענה למשפחות חדשות שנוצרו.

107. הנה כי כן, החומר שבפנינו מעלה כי בעבר, בטרם החל ההליך התכנוני, היו במקום מבנים ספורים מפח, ומסת המגורים נוצרה רק בשנים האחרונות.

ד. הערות בשולי הדיון לעניין הטענה בדבר קיפוח ואפליה לרעה של האוכלוסייה הבדואית בהקצאת משאבי קרקע

108. בשולי הדיון, נבקש להתייחס לטענות כלליות שהיו ברקע טענות העוררים והיוו מעטפת לטיעוניהם נגד התכנית הקונקרטי, ולפיהן, התכנית המוצעת מהווה אחד הביטויים לקיפוח מוסדי ואפליית לרעה של האוכלוסייה הבדואית בהקצאת משאבים לצרכי מגורים בנגב. ובלשון העוררים בפרק "הסיכום" בעררם: "הנסיבות המתוארות לעיל מעלות תרחיש תכנוני בלתי סביר הפוגע בזכויות יסוד של תושבי מתחם אום אלחיראן שבכפר עתיר/אום אלחיראן ומהווה, הלכה למעשה, נדבך נוסף במדיניות של הפלייה בהקצאת משאבים לצרכי מגורים והתיישבות של האוכלוסייה הבדואית בנגב, הדברים לעיל

² הבדיקה בנושא זה נעשתה לאחר הדיון בעל פה בפנינו, על ידי חבר הוועדה, מר נחום פלד, נציג משרד הבינוי והשיכון בוועדה, והיותה דרך נוספת לבדיקת הטענות.

מקבלים משנה תוקף לאור חשיבותו של משאב הקרקע עליו אמונים מוסדות התכנון בכלל תחומי הפיתוח" (סעיף 67 לכתב הערר).

109. במסגרת ערר זה, העוסק בתכנית קונקרטיית, אין לנו צורך לדון בטענה הכללית בדבר מדיניות אפליה הננקטת כלפי האוכלוסייה הבדואית בנגב, וקיפוחם בחלוקה של משאבי הקרקע. יחד עם זאת, נבקש להעיר כי הגם שאפשר וטענות כלליות אלו מתבססות על תחושה כנה, נראה לנו כי הן אינן משקפות את תמונת המציאות לאשורה, ודאי זו של השנים האחרונות, כפי שנתאר להלן.

110. סוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב הינה, כידוע, מורכבת ביותר. הדבר נובע, בין השאר, בשל טענות הבדואים לבעלות על הקרקע שאותן, ככלל, הם מתקשים לבסס מבחינה עובדתית ומשפטית; בשל ההבדלים המהותיים בין עקרונות המשפט הישראלי בנושא הזכויות על הקרקע לבין כללי הקניין הפנימיים שהנחו לאורך הדורות את הבדואים; בשל צורת ההתיישבות השבטית ופיזור ההתיישבות; בשל העובדה כי מדובר באוכלוסייה עם היסטוריה נוודית; בשל היקפה העצום של הבנייה הבלתי חוקית "והפראית" בהתיישבויות אלו והתפורותה על שטחים נרחבים (כפי שצוין בדוח גולדברג, קיימים עשרות אלפי מבנים לא חוקיים, כשכל שנה מתווספים כ: 1,500 – 2000 מבנים בשטח); בשל העדר חיבור ההתיישבויות הלא מוכרות לתשתיות; ועוד ועוד.

111. לאורך השנים, הוקמו ועדות מועדות שונות, לרבות ועדות שרים, וצוותים שונים, וכן התקיימו דיונים בפני גופים מוסדיים שונים, לצורך הצעת פתרונות ליישוב הבדואים בנגב. עבודתם של כל אלה באה לידי ביטוי בניירות עמדה ובדוחות שונים שנכתבו (לפירוט, ראו: דוח ועדת גולדברג, בעמ' 19-23).

112. עבודה מקיפה ויסודית ביותר נעשתה כידוע על ידי ועדת גולדברג, בראשותו של השופט העליון (בדימוס) ומבקר המדינה לשעבר, אליעזר גולדברג, אשר מונתה על ידי הממשלה, ואשר על דבר הקמתה הוחלט במקביל להחלטה על הקמת רשות ביצועית להסדרת התיישבות הבדואית בנגב. הוועדה התבקשה לגבש הצעות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב ולהציע לתיקוני חקיקה בנושאים כמו גובה הפיצויים, הסדרים להקצאת קרקע חלופית, אכיפה ולוח זמנים לביצוע ההסדרים מול האוכלוסייה הבדואית בנגב. במהלך עבודתה אספה הוועדה מסד נתונים רחב, ושמעה גורמים וגופים שונים, רבים ומגוונים, במסגרת ישיבות רבות שקיימה. פירות עבודתה של הוועדה באו לידי ביטוי בדוח מקיף אשר הוגש על ידה לממשלה ביום 18.1.09, הוא דוח ועדת גולדברג.

113. המלצות הוועדה הובילו תהליך של גיבוש מדיניות כוללת לטיפול במגזר הבדואי בנגב, ובכלל זאת, בנושא הסדרת התיישבות הבדואים בנגב, ובכלל זה, הקמת יישובי קבע נוספים על הקיימים לבדואים, וטיפול בתביעות הבעלות וטיפול ופיתוח ביישובים ובתשתיות, שעליה נעמוד עתה בקצרה.

114. בהחלטת הממשלה מספר 4411 מיום 18.1.09, הודיעה הממשלה כי היא רואה במתווה המוצע על ידי הוועדה בסיס להסדרת התיישבות הבדואים בנגב. עוד קבעה הממשלה כי העקרונות הבאים, אשר באו לידי ביטוי בהחלטה על הקמת הוועדה, ואשר עומדים גם בבסיס המלצות הוועדה, יהוו את התשתית להסדרת הנושא: גיבוש מדיניות מערכתית כוללת המשלבת טיפול בנושא הקרקע ובנושא תכנון והסדרת ההתיישבות; גיבוש מדיניות אשר תביא בחשבון את צרכי האוכלוסייה הבדואית ותביעותיה לזכויות בקרקע לבין צרכי המדינה ומשאביה הקרקעיים והכספיים; גיבוש מדיניות אשר תהא בת יישום בתוך תקופה קצרה, באופן שיהא בו כדי לבסס ולחזק את מערכת יחסי האמון בין האוכלוסייה הבדואית לבין המדינה; הסדרת הסוגיה, ככל הנדרש והניתן בחקיקה, כך שיובטח פתרון מקיף, מוגדר ועקבי.

115. בעקבות החלטת הממשלה, מינתה הממשלה צוות ליישום דוח ועדת גולדברג, בראשות אהוד פראור, ראש האגף למדיניות במשרד ראש הממשלה. על הצוות הוטל, בין היתר, ליישב בין עיקרי דוח ועדת גולדברג לבין הסתייגויות ממנו שהוגשו על ידי חלק מחברי הוועדה, ולהגיש תכנית לממשלה בסוגיות מהותיות של מנגנון הצטרפות להליך ההסדרה, הקרקע, ההתיישבות, תהליכי התכנון, האכיפה האזרחית וחיזוק מנגנון הביצוע, לרבות התייחסות לנושאים שיוסדרו בחקיקה. בסיום עבודתו של הצוות, שארכה כשנתיים, הוקדשה תשומת לב רבה למימדים הארגוניים שיוכלו לאפשר את מימושה של תכנית לאומית רחבה בתחום המשאבים, ארגון הגופים ותפיסת הפעלתם, תיאום וכו'.

116. ביום 31.5.11 פורסם דוח צוות היישום לוועדת גולדברג, שבו נכללה הצעת מתווה לממשלה שמטרתה להעמיד פתרון ישים, מעשי ומקיף לסוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב ולטענותיהם בעניין הקרקעות. מדובר בפתרון במגוון של היבטים, ועיקרם, תמורות לתביעות הבעלות, תכנון והסדרת התיישבות הבדואים, לוחות זמנים, אכיפה של חוקי המקרקעין ודיני התכנון והבנייה, ארגון, ותוכנית לקידום הפיתוח והצמיחה הכלכליים של האוכלוסייה הבדואית בנגב. מדובר בפתרון שנועד, כאמור בדות, להוות פשרה הוגנת ומאוזנת במטרה להסדיר את מערכת היחסים בין הבדואים לבין המדינה. יצוין כי בתחום התכנון, הומלץ בדוח צוות היישום, כי עם קבלת החלטת הממשלה, המדינה תחל במהלך מרוכז של יישום תכנון מתארי ומפורט, אשר יקיף במשך זמן קצר וקצוב, את כלל אוכלוסיית הפזורה הבדואית בנגב, לרבות האוכלוסייה שאין לה תביעות בעלות בקרקע. עוד הומלץ כי תהליך הסדרת התיישבות הבדואים בנגב יכלול תכנון של הרחבות צמודות דופן של יישובים קיימים במטרה שיכילו ריכוזי פזורה, קליטת תושבים ביישובי המועצה האזורית אבו בסמה וביישובים הותיקים, והקמת התיישבות חדשה ככל שיידרש. כן הומלץ כי ההתיישבות של הבדואים בנגב תוסדר, בתוך תחומי תכניות מאושרות המיועדות לכך, בהרחבות מתוכננות או בתחום שטחי החיפוש המוגדרים כנוף כפרי חקלאי משולב בתכנית המתאר המחוזית שאושרה, תמ"מ 23/14/4, וזאת בהתאם לקריטריונים של צפיפות ורציפות המוגדרים בתמ"מ ולפי בחינה של גודל וכושר נשיאה כלכלי, וכי הסדרה זו תיעשה ככל הניתן באופן שיקטין את הצורך בניוד אוכלוסייה. בנוסף, הומלץ בדוח כי לא יתאפשר מיסודם או תכנונם של מקבצי מגורים קטנים ומפוזרים שלא יענו על עקרונות הצפיפות, הרציפות, הגודל וכושר הנשיאה. הסדרת התיישבות קיימת או הסדרת פתרונות התיישבות חדשים עבור קבוצת אוכלוסייה מסויימת, תותנה בכל מקרה בפניו מקבצים קטנים, מפוזרים, או של אזורי פזורה שיימצאו מחוץ לשטח שייקבע ליישוב. עוד נקבע כי הסדרת ההתיישבות תיעשה בד בבד עם הסדרת הבעלות על הקרקע, תוך תכנון משותף ככל האפשר של ההתיישבות, במסגרת המגבלות הנתונות.

117. בהחלטת הממשלה מס' 3707 מיום 11.9.11, הוחלט להוביל מהלך רחב של הסדרת התיישבות הבדואים בנגב, תוך העמדת פתרונות התיישבות המותאמים לאוכלוסייה ולתנאי החיים המתוקנים כמקובל במדינת ישראל. במטרה לקדם ולאפשר את האמור, הוחלט להסדיר את תביעות הבעלות של הבדואים על הקרקעות בנגב על ידי מתן תמורות הולמות. לצורך יישום ההחלטה, הוחלט במסגרתה לאמץ את המלצות צוות היישום לוועדת גולדברג, ולהנחות את משרדי הממשלה הרלוונטיים לפעול על-פי מתווה היישום. עוד נקבע, כי הממשלה תגיש לאישור הכנסת הצעת חוק להסדרת התיישבות הבדואים בנגב הנשענת על מתווה היישום, אשר תעגן את עקרונות הסדרת הבעלות על הקרקע והיבטים נוספים של תכנית היישום, ותקבע לוחות זמנים מחייבים לקידומו של התהליך וסיומו, וכי לפני הבאת הצעת החוק יתקיים תהליך של הסברת מתווה היישום לאוכלוסייה הבדואית וקבלת התייחסויותיה אליו (מהלך המכונה "מהלך ההקשבה"). החלטת הממשלה קבעה בנוסף, כי בד בבד עם יישום המתווה,

תפעל מערכת האכיפה באופן נמרץ לסיום תופעות הבנייה הבלתי חוקית והפלישה לקרקעות המדינה, מתוך ראייה כי תהליכי ההסדרה, מצד אחד, וההתרחבות בו זמנית של הבנייה הלא חוקית, מצד אחר, אינם יכולים לדור בכפיפה אחת.

118. בהמשך לכך, הוכן תזכיר חוק הסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ב-2012 (להלן: **התזכיר**). כאמור בדברי ההסבר בתזכיר: "הצעת החוק מתבססת על המלצות צוות היישום, כפי שאומצו על ידי הממשלה, בנוגע להסדרת סוגיית תביעות הבעלות בקרקע והתמורות להן, לרבות ההמלצה למסד מנגנון תמורות שקוף ושוויוני, אשר הקריטריונים להענקתן ייקבעו בחקיקה ולא יהיו נתונים למשא ומתן, והכל במסגרת זמן קצובה. ראוי לציין כי ההצעה מגלמת פשרה היסטורית שממשלת ישראל הסכימה לעשותה לאור האינטרס הציבורי הייחודי שבסיום הסכסוך רב השנים בין המדינה והבדואים בעניין הקרקעות הנתבעות על ידם בנגב, ולאור ההבנה שללא הסכמה חברתית רחבה לא ניתן יהיה להגיע להסדרה כוללת, אשר תאפשר הן את הסדרת סוגיית הבעלות בקרקעות כאמור, הן את הסדרת התיישבות בנגב, והן את פיתוחו של הנגב לטובת כלל תושביו, הכל במסגרת מתווה ייחודי וקצוב בזמן. ככלל, ובהתאם לתקדימים משפטיים שנקבעו בעניין זה, ניתן לומר כי לתובעי הבעלות אין זכות שבדין (חוק המקרקעין... או חוקי מקרקעין אחרים) בקרקעות שנתבעו על ידם. משכך, התמורות המוצעות מצויות כולן במתחם 'לפנים משורת הדין'. עם זאת, פלוני אשר מבקש שלא להתפשר אלא לקיים את תביעתו ואת בירורה בפני ביהמ"ש לפי פקודת ההסדר יוכל לפנות ולעשות כן". בשלב זה מעובדות ההערות שהתקבלו לתזכיר החוק, לצורך גיבוש טיוטת הצעת חוק שתובא לאישור הממשלה לקראת הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת.

119. עוד יצוין כי במקביל להחלטת הממשלה מס' 3707 הנוכרת, התקבלה בממשלה החלטה 3078 שבמסגרתה נקבעה תכנית חומש לקידום הצמיחה והפיתוח הכלכליים של האוכלוסיה הבדואית בנגב, שמטרתה להוביל לחיזוק התושבים הבדואים בנגב, ולהגברת עצמאותם הכלכלית וזאת מתוך ראייה כוללת של מצוקות האוכלוסייה ומתוך שאיפה לפתור מצוקות אלה.

120. הלכה למעשה, וכפי שטען בצדק המינהל, מדינת ישראל בכלל, והמינהל והרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב בפרט, משקיעים משאבי ענק וכספי ציבור במאות מיליוני ₪ המכוונים כולם לקידומה ולהסדרתה של האוכלוסייה הבדואית בנגב. גם ועדת גולדברג עמדה על החלטות שקיבלה ממשלת ישראל מאז שנת 2003 על תקציבים משמעותיים שהושקעו במגזר הבדואי (הגם שלא כולם נוצלו, בין היתר, בשל חסמים מצד המגזר עצמו) (עמ' 25 לדוח).

121. להמחשה, ניתן להפנות לחלק מהפרויקטים לצרכי מגורים, שאותם ציין המינהל בתשובתו לערר, המקודמים בימים אלה: עבדת / רמת ציפורים; ואדי אל נעם (קידום תכנית מתאר ליישוב ומרכז שירותים, קידום תכנון מפורט לשכונה דרומית); "תרבין גי" (תוספת שכונה בשטח של כ- 250 דונם); "תרבין ד'1" (תכנון שכונה מערבית); תרבין ד'3 (תכנון שכונה); הרחבת היישוב רהט; אבו עיידיא (תכנון שכונה במכתול); אבו סולב; אבו קרינאת (תכנון מפורט לשכונה); מולדה (תכנון מפורט לשכונות והסדרת הכבישים); אל באט; אבו רביע "אשכול 1" (תכנון מפורט במסגרת הרחבת מרעית); אבו קרינאת (תכנון שכונה מצפון); אבו תלול; אום בטין (קידום שכונה צפונית); הרחבת ופיתוח ביישובים קיימים ותכנון יישובים חדשים. כפי שציין המינהל, קיימים פרויקטים נוספים גם בתחומי החקלאות, התיירות והתעשייה, והדוגמאות שפורטו מהווים רק חלק מפעולות המינהל והרשות להסדרת התיישבות הבדואים, המכוונות לקידום ולתועלת האוכלוסייה הבדואית בנגב.

122. עוד יצוין כי הפתרונות ההתיישבותיים הייעודיים לאוכלוסייה הבדואית מוצעים לבני הפזורה בהתאם למדיניות המינהל, ובכלל זה, החלטה מס' 1028 מיום 2.5.05 של מועצת המינהל, המציעה לזכאים העוברים מהפזורה ליישובי הקבע מגרשים מפותחים במחירים מסובסדים, וכן פיצוי על המחוברים בקרקע שממנה התפנו (הגם שמדובר בבניה לא חוקית). אין צריך לומר כי מדובר במדיניות מעדיפה ומיטיבה ביותר עם המגזר הבדואי.

123. כפי שציין המינהל בטיעונו בפנינו, **משאבים גדולים הושקעו על ידי המדינה גם בבני שבט אבו אלקיעאן, שעליהם כאמור נמנים העוררים שבפנינו, וזאת, לצורך פיתוח שכונות שלמות במסגרת יישוב מתוכנן, מסודר וחוקי, עבור רווחתן והסדרת התיישבותן של משפחות השבט.** כפי שציין המינהל, הלכה למעשה, והחל מסוף שנות ה-80 של המאה הקודמת, רוב משפחות השבט (כ-3,000 מתוך 4,000 איש) אכן בחרו לעבור ולהתגורר בישוב חורה, תוך שהם כמובן נהנים מהתנאים הכספיים המועדפים בהתאם להחלטות מועצת המינהל, וחלקם, כפי שעולה מתגובת המינהל, אף קיבלו כספים נוספים.

124. הינה כי כן, נעשו לאורך השנים, וממשיכים להיעשות, מאמצים רבים לפתרון סוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב בכל המישורים הרלוונטיים, ומתוך ראייה מערכתית וכוללת. חלק מהפתרונות שגובשו כבר החלו להיות מיושמים בשטח, והדברים אמורים, כמובן, גם ביחס לשבט אבו אלקיעאן. בנוסף, החלטות הממשלה והצעת החוק, המצויה בשלב עבודה מתקדם, צפויות להוביל למהלך הסדרה רחב שנועד לתת פתרון ישים, מעשי ומקיף לסוגיה זו.

ה. סיכום כללי והערות נוספות

125. ניתן לסכם ולומר, כי העדר זכויות של העוררים בקרקע המוסדרת והרשומה על שם המדינה, והיות המבנים המיועדים להריסה בגדר בנייה לא חוקית, עובדות שאליהן ניתן לצרף גם את תמונת ההתיישבות בשטח שנעשתה בעיקרה בשנים האחרונות – כל אלה הצדיקו את דחיית התנגדות העוררים להריסת הבתים, כמוצע בתכנית. כפי שצוין, ביחס לבתים אלה קיימים צווי הריסה ממילא, כך שייעודם בתכנית להריסה לכאורה לא נדרשה, ואת טענות העוררים יש לראות למעשה לא כמכוונות נגד ההריסה, אלא כעתירה להסדרת הבתים, ולכך לא ניתן להיעתר בנסיבות העניין.

126. חשוב להדגיש כי בניגוד למשתמע מעמדת העוררים, אין משמעות דחיית התכנית הותרתם אל מול שוקת שבורה. בפני העוררים עומדות שלוש אפשרויות: הראשונה, להתפנות ולעבור לישוב חורה הסמוך, שכבר במצב הקיים יש להם זיקה אליו (הם צורכים שירותי חינוך, בריאות, רווחה וכו' בחורה). כפי שציין המינהל, לתושבי מקבצי אום אלחיראן קיימים פתרונות זמינים ומיידיים למגורי קבע חוקיים, בישוב חורה בשכונות 9 ו-12, שם גר כבר חלקו הארי של השבט. אם יחליטו העוררים לבחור בפתרון זה, כי אז הם יהיו זכאים, לפי החלטה 1028 של מועצת המינהל, לסיוע נרחב ובעל משמעויות כלכליות נכבדות בגין מעברם ממקום מגוריהם הנוכחי. אם אין העוררים מעוניינים לעבור לחורה, אלא להמשיך ולגור בשטח המיועד לישוב חירן, והפעם באופן מוסדר וחוקי, כנדרש, הרי שעומדת בפניהם אפשרות שניה, והיא לרכוש בשלב השיווק באתר א' מגרשים בישוב, ואפשרות שלישית, והיא לנסות להגיע להסכמה עם המינהל בדבר קידום תכנית מפורטת עבורם בחלק מתארי בתכנית המוצעת.

127. ברור כי לנוכח מכלול הנתונים שפורטו בהחלטתנו – הרקע התכנוני, העדר זכויות העוררים בקרקע והתנגדות המינהל להכשרת הבתים, האצת הבנייה הלא חוקית מאז הוחל בהליכי התכנון, וקיום חלופה זמינה ומיידית למגורים עבור העוררים - שעמדו כולם גם בפני ועדת המשנה להתנגדויות - יש לדחות את טענות העוררים כי החלטת הוועדה התקבלה על בסיס תשתית חסרה. נהפוך הוא: ביסוד החלטת הוועדה מונחת תשתית עובדתית ונורמטיבית איתנה.

128. על רקע האמור בהחלטתנו, ממילא ברור מדוע אין מקום לטענת העוררים כי נפגעת זכותם לקנין, לכבוד ולשוויון, אם התכנית המוצעת לא תכשיר את הבתים הלא חוקיים.

129. לעוררים אין כאמור כל זכות קנין בבתים. בעניין זה וכמוסד תכנון אנו מונחים על ידי המירשם והפסיקה שהכריעה בתביעת הפינוי בענייניו של עטוה חסיין אבו אלקיעאן, שהעוררות 1-6 הן בנותיו. מעבר לכך, גם לו הם היו בעלי הזכויות בקרקע, לא היה בכך כדי לגרוע מסמכויות רשויות התכנון לתכנןם, ובכלל זאת, לקבוע הוראות להריסת מבנים, ודאי כאלה שנבנו שלא כדין, שכן כידוע הבינוי והשימוש בקניין, גם אם הוא של הפרט, כפוף לתכנון. בכל מקרה, אם יעלה בידם של העוררים בשלב כלשהו בעתיד להוכיח את זכויותיהם בקרקע בשטח התכנית, הרי שהם יהיו אלה אשר יוכלו לממש את הבנייה מכוחה של התכנית, ולממש בפועל את זכויותיהם הנטענות.

130. קשה לראות כיצד ניתן לטעון לפגיעה בת הגנה בכבוד בנסיבות שבהם אין להם זכויות בקרקע, מדובר בבנייה בלתי חוקית, ואף עומדות בפני העוררים חלופות אחרות למגורים, ביניהן חלופה זמינה ומיידית בחורה. אין זה למותר לציין כי בית המשפט העליון סירב להעניק סעד מן הדין לבני הפזורה גם כאשר צרכים חיוניים ביותר עמדו על הפרק, ונטען כי אי סיפוקם פוגע בזכויות חוקתיות. כך, בבג"ץ 8062/05 אינאס אל אטרש נגד שר הבריאות (נבו, ניתן ביום 23.11.05), נדחתה עתירת פעוטה, תושבת הפזורה, שחלתה בסרטן ונוקקה לזריקות ששיש להחזיקן במקרה, דבר שנמנע ממנה בהעדר חיבור לחשמל בכפר שבו גרה, לחבר את ביתה לרשת החשמל הארצית או לספק לה חשמל באופן סדיר. כבי השופט א' לוי קבע כי לא מוטלת חובה שבדין על המדינה לספק חשמל (אם כי המליץ לגורמי המדינה לסייע לפעוטה). בע"א 9535/06 עבדאללה אבו מסעד ואח' נגד נציב המים (נבו, ניתן ביום 5.6.11), נדונה השאלה באיזו מידה עומדת לבדואים המתגוררים בישובים בלתי מוכרים בנגב זכות משפטית לתבוע מהמדינה להתקין עבורם נקודות חיבור פרטיות למים בבתיהם במקום מושבם הבלתי חוקי, כאשר במצב הקיים מסופקים להם מים במסגרת שני מנגנונים מרכזיים (מרכזי מים בסמיכות לישובי קבע שמהם ניתן להוביל עצמאית מים, ופניה לוועדת ההקצאה של מי שתיה שבסמכותה להמליץ במקרים ספציפיים ומשיקולים הומניטאריים מיוחדים על חיבורי תושבי כפרים לא מוכרים לחיבורי מים פרטיים). באותו מקרה נפסק מפי כב' השופטת פרוקצ'יה כי החלת מדיניות התכנון הממשלתית על מידת הנגישות של תושבי הכפרים הבדואים הלא מוכרים למקורות מים כרוכה אמנם בפגיעה לזכותם למים, אולם פגיעה זו הינה חוקית בהיותה מבוססת על מניע של מציאת פתרון לבעיית ההתיישבות הבלתי חוקית בדרום, אשר קיים אינטרס לאומי ממדרגה ראשונה למגר אותה, בשל הפגיעה בשלטון החוק הכרוכה בה, כמו גם בהיותה כרוכה בהסגת גבול בקרקע מדינה (או פרטית); וכל זאת, כך נקבע, על ידי מתן תמריץ לתושבים לעבור למרכזי אוכלוסין חוקיים שעומדו לרשותם על ידי המדינה. בית המשפט העליון קבע כי מדיניות זו עומדת במבחני החוקתיות שבחוק היסוד. מנגד, נציין, כי אמנם, בבג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, 50 (טרם פורסם, ניתן ביום 15.4.07), שאליו הפנו העוררים בטיעוניהם, ביטל בית המשפט העליון את מדיניות ריסוס היבולים בכפרים הבלתי מוכרים, מאחר והיא עלולה לפגוע בזכות של שוכני האזורים המרוססים לכבוד ולבריאות, ואולם, באותו מקרה

דובר ביצירת בסיכון אקטיבי לבריאות הבדואים מצד גורמי המדינה, וההבדל בין מצב כזה לבין דחיית בקשה להכשרת בנייה בלתי חוקית ועוד בשטח שאין בו לעוררים זכויות קנין - כמובן ברור.

אם אין לבני ההתיישבויות הלא מוכרות זכות בדין לאספקת חשמל לצרכי בריאות ואף לא לחיבור נקודות פרטניות למים - כיצד ניתן לטעון שהריסת בתים לא חוקיים, ועוד בקרקע שאין להם בתם זכויות, וכאשר עומד להם פתרון מגורים חילופי וזמין כבר עתה בחורה, מהווה פגיעה בכבוד?

131. גם זכותם של העוררים לשוויון אינה נפגעת, משדחינו את הטענות בדבר מדיניות הפרדה פסולה למגורים וכי מטרת התכנית להקים ישוב ליהודים בלבד.

132. בשולי הדברים נבקש להתייחס לניסיון העוררים להיבנות מפסק הדין בפרשת כמאנה. באותו מקרה, הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון, הכינה תכנית מיתאר שנועדה למצוא פתרון תכנוני לכפר הבדואי כמאנה, בלי לכלול בשטח התכנית שתיים משכונות הכפר. העותרים תקפו את התכנית בטענה שהיא אינה כוללת בתוכה את כל חלקי הכפר ואינה מעניקה פתרון תכנוני המביא בחשבון את האינטרסים הקנייניים של תושביו. בגיץ' חורה על החזרת השאלה בדבר הכללתן של השכונה המערבית ושל שכונת גילסה בגבולותיה של תכנית המיתאר לבחינה מחודשת על-ידי הוועדה המחוזית. העוררים טורחים משום מה שיש בפסק הדין כדי לתמוך בטענתם. דא עקא, באותו מקרה דובר בתכנית שלא הסדירה פתרון לשכונות שמלכתחילה אמורות היו לפי תכנית המיתאר להיות מוסדרות בגדרה. וכפי שקבע בגיץ': "אין חולקין שהכפר כמאנה, על כל שכונותיו, הינו יישוב אורגני. מטרת תכנית המיתאר הייתה להקנות לכפר מעמד מוגיציפלי מוכר. אלא שהתכנית, כפי שאושרה, הותירה מחוץ לגבולה שתי שכונות שתושביהן מתווים מיעוט בלתי מבוטל מאוכלוסיית הכפר. מן הבחינה האמורה לוקה התכנית בחסר, שהשלמתו מחייבת מציאת פתרון תכנוני" (פסקה 11; ההדגשה הוספה). מקרה זה שונה תכלית שינוי מחמקרה דנן, שבו בשום מסגרת תכנונית שקדמה לתכנית המוצעת לא היתה כוונה להקנות למקבצי אום אלחיראן מעמד מוכר או "להכילם" כפי שהם בתכנית מפורטת, ומנגד, הקמת ישוב חורה היא זו שנועדה לתת פתרון ייעודי לבני שבט אבו אלקיעאן (בלי כאמור לגרוע מזכותם לגור ביישובים הכלליים).

133. אנו דוחים אפוא את הערר.

החלטתה ניתנה פה אחד.

ניתנה היום: 24.9.12



מיכל ברדנשטיין, עו"ד

יו"ר ועדת המשנה לעררים