



19/03/2012

לכבוד
מר אבי הלר
יר"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה
מחוז דרום, משרד הפנים
רח' התקווה 4
באר שבע - 84100

הנדון: התנגדות לתכנית מס' דר/31/מבט/102

"קריית המודיעין של צה"ל בנגב"

בשם המתנגדים להלן, מוגשת באת התנגדות לתוכנית מס' דר/31/מבט/102 "קריית המודיעין של צה"ל בנגב".

1. אבו נאדי פייצל ת.ז. 023404668
2. אבו טראש חסין ת.ז. 035010818
3. עמור מוחמד ת.ז. 035001650
4. נסאסרה מוסטפא ת.ז. 035045780
5. נסאסרה ג'ומעה ת.ז. 053707931
6. אלסאנע נבהאן ת.ז. 035006923
7. המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב
8. עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון

המתנגדים

1. המתנגדים מס' 1-4 הנם תושבי הכפרים הבלתי מוכרים בשטח התוכנית שבנדון.
2. המתנגד מס' 5 הנו תובע בעלות על קרקעות בשטחי התוכנית הידועים כגוש 38553 חלקה 69 (מצורף לתצהירו תזכיר תביעה).
3. המתנגד מס' 6 הנו תובע בעלות על קרקעות בשטח התוכנית הידועים כגוש 100217 חלקה 5 (מצורף לתצהירו תזכיר תביעה)
4. מתנגדת מס' 7, המועצה האזורית לכפרים הערבים הבדואים הבלתי מוכרים בנגב - קרן אלעונה בע"מ, הינה ארגון וולונטרי שהוקם בשנת 1997 כדי לאגד את הוועדים המקומיים של הכפרים הבלתי מוכרים, ולפעול להכרתם ולשיפור תנאי החיים בהם. המועצה משמשת כהנהגה עממית ומייצגת את תושבי הכפרים הלא מוכרים, מול מקבלי ההחלטות השונים במטרה לשנות את המציאות הקשה ממנה הם סובלים. המועצה גם

במקום - מתכננים למען
זכויות תכנון

רח' עזה 36 - ירושלים 92382
טל' 02-5669655 - פקס 02-5660551

המועצה האזורית לכפרית הלא
מוכרים בנגב - אל עונה

ת"ד 10002 - באר שבע 84105
טל' 08-6283043 - פקס 08-6283315

עדאלה - המרכז המשפטי
לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ת"ד 8921 - חיפה 31090
טל' 04-9501610 - פקס 04-9503140

פועלת להעצמה קהילתית בכפרים עצמם, מנהלת מאבקים משפטיים, מגישה תוכניות מתאר אלטרנטיביות, מייצרת תשתית מידע עבור מערכות השלטון השונות ועוד.

5. מתנגדת מסי' 8, עמותת במקום - מתכננים למען זכויות תכנון, 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-בדווית בנגב במרכז עשייתה במטרה לקדם את ההכרה התכנונית בכפרים הבלתי מוכרים, והתאמת התכנון המרחבי לצורכי הקהילה הערבית בדווית.

נימוקי ההתנגדות

התכנית המוצעת והשפעתה על האוכלוסייה הבדווית

6. תכנית מסי' דר/31/מבט/102 "קריית המודיעין של צה"ל בנגב" (להלן: "התכנית") מבקשת להקים בסיס צבאי חדש בשם "קריית המודיעין" באזור 'ליקית', במרחב שבין באר שבע, לקיה, אום בטיין ועומר, בהמשך להרחבה המתוכננת של אזור התעשייה של עומר. מטרת הבסיס החדש היא לאכלס את המחנות השונים של חיל המודיעין הנמצאים היום במרכז המדינה, במסגרת המהלך של מעבר מחנות צבא ממרכזי האוכלוסין מאזור המרכז לאזורי הפריפריה בדרום.

7. ממסמכי התכנית המפורטת עולה כי השטח הכולל של קריית המודיעין הינו כ-5,070 דונם; כ-40% בתחום השיפוט של המועצה מקומית עומר וכ-60% בתחום השיפוט של המועצה אזורית בני שמעון. השטח המיועד למחנה הצבאי עצמו הינו כ-2,400 דונם והיקף הבנייה הכולל בתחום המחנה יכול להיות מעל 602,600 מ"ר במבנים של עד 6 קומות מעל פני הקרקע.

8. האוכלוסייה שמתגוררת בשטח התכנית ובאזורים הסמוכים לה, במרחב סביב הישוב לקיה, מונה כ-9,000 נפש, המשתייכים למספר משפחות מורחבות: אסד, מראחלה, נבארי, חג'וג', אבו ג'אבר, טלאקה, אבו חי'ביזה, אל וקילי, אל עמור, אל נסאסרה, אבו טראש, אבו נאדי, אבו עאיש ואל צאנע. המגורים באזור הנם במסגרת כפרים בלתי מוכרים כאשר נעדרים שם שירותים בסיסיים כגון שירותי בריאות וחינוך וכד'. כ-2,000 תושבים ייפגעו באופן ישיר מאישורה של התכנית.

9. חלק מהכפרים בשטח התוכנית ובסמוך לה קיימים עוד מלפני הקמת מדינת ישראל והם ממוקמים עד אדמות של המשפחות המתגוררות עליהם מימים ימימה. בשטח עליו יושבות משפחות המתנגדים ניתן למצוא מערות, בארות וסכרים לאגירת מי גשם, עדות לאורחות חיים בעבר וגם בהווה. חלק מהמשפחות הינן משפחות עקורות אשר גורשו מאדמותיהם בתחילת שנות החמישים, על ידי הממשל הצבאי והתבקשו להתיישב באזור בו הם מתגוררים כיום.

10. כאמור, בתחום גבול התכנית של קריית המודיעין חיים כ-2,000 תושבים, אשר מעוניינים להמשיך להתגורר במקום מושבם ומצפים להגיע להסדרה תכנונית של כפריהם הקיימים, דבר אשר ימנע את פינויים מהמקום ויביא להכרה בזכויותיהם החוקתיות. התכנית איננה מתייחסת לצורך בהכרה במצב הקיים בפועל בשטח ואישורה יכול ויסכל כל אפשרות לתכנן ולהסדיר שכונות מגורים עבור משפחות המתנגדים ולפתח את מרחב

המגורים של האוכלוסייה הבדואית באזור צומת שוקת. משמעות אישור התכנית המוצעת היא מתן לגיטימציה, בחסות של מערכת התכנון, לעקירת כ-2,000 תושבים בדואים היושבים דורות במקום, נישול אדמותיהם והריסת עשרות בתים. קריית המודיעין מתוכננת לקום גם על אדמות חקלאיות של האוכלוסייה הבדואית, דבר אשר יפגע באפשרות להמשיך לרעות צאן ולעבד את אותן קרקעות לפרנסתה.

11. יתירה מכך, גבול התכנית כולל גם בית קברות שמשרת את המתנגדים וגם את תושבי לקיה והאזור. התכנית איננה מתייחסת לצורך בשמירה על בית הקברות ואי פגיעה בו ואיננה מסמנת את הצורך בהמשך שימוש בו לצורכי האוכלוסייה המקומית.

12. בנוסף, בגין חלק מהקרקעות בשטח התוכנית ובסמוך לה הוגשו תזכירי תביעה בתחילת שנות השבעים, וזאת בכדי לתבוע את זכויות הבעלות בהן ובכדי שאלה יירשמו על שם בעליהן הבדווים. התכנית מתייחסת לקרקעות לא מוסדרות אלה כאל קרקעות מדינה מוסדרות, דבר אשר יכול לרוקן מכל משמעות את הליך ההסדר הקיים ויסכל רישום זכויות הבעלות בקרקעות אלה על שם בעליהן הבדווים אשר תובעים אותן ויביא למצב בלתי הפיך לעניין זה אשר פוגע בזכויות הקניין של המתנגדים, כפי שיפורט להלן. אף גוש 38553 שבשטח התוכנית מופיע במסמכיה כגוש מוסדר, דבר שאיננו נכון ומטעה את הציבור בעניין. נושא הקרקעות הבלתי מוסדרות בשטח התוכנית גם יקשה על יישומה בטווח הזמן המידי, בניגוד לצפיות של מערכת הביטחון.

13. כפי שיפורט להלן, התכנית כלולה בשטח המוגדר כ-"שטח בעל חשיבות למטרופולין" המוקדמת למטרופולין באר שבע, אך היות וטרם הסתיים הדין בהתנגדיות לתכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע, ובכלל זה, התנגדותם של התושבים שבאזור התוכנית דן, מן הראוי שמוסדות התכנון לא יקדמו תכנית שעלולה לפגוע באפשרות לתת מענה לדרישות ההתיישבות והפרנסה של האוכלוסייה הבדואית המתגוררת במקום.

14. מוסדות התכנון החלו לקדם לפני למעלה מ-10 שנים את תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע, תכנית מס' תמ"מ/4/23, שאחת ממטרותיה היתה "להציע פתרונות תכנוניים מגוונים להסדרת הכפרים הבדואים הלא מוכרים". בשנת 2007 הוגשו התנגדויות רבות לתכנית המתאר למטרופולין באר שבע מכיוון שזו לא עונה לצפיות האוכלוסייה הבדואית ולצרכיה. החלטות בהתנגדויות אשר הוגשו לתכנית מתאר מחוזית חלקית למטרופולין באר שבע טרם נמסרו למתנגדים לה, כולל למתנגדים לתוכנית דן, והיא טרם קיבלה תוקף. סביב תכנית המטרופולין עדיין קיימים ויכוחים ציבוריים, תכנוניים ומשפטיים רבים, בייחוד באשר להעדר פתרונות ראויים עבור הכפרים הבלתי מוכרים בנגב והצורך בהכרה בהם ובהסדרת מעמדם. בנסיבות אלה, ייזום הליכי תכנון מפורט, כאשר ברקע קיימת תכנית מחוזית בלתי מאושרת, אשר הוגשו לה התנגדויות רבות, פוגע הוא בעקרונות שיתוף הציבור והופך את הליך ההתנגדויות להליך שנעשה למראית עין וללא כוונות אמיתיות לשתף את ציבור הנפגעים מתוכנית המטרופולין אשר מבקש הוא כי תכנית המטרופולין תכיר ותסדיר את מעמדם של הכפרים הבלתי מוכרים ותמנע המשך הפרת זכויותיהם החוקתיות של תושבי כפרים אלה.

15. בהקשר זה יצוין, כי אף הועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג, אשר פרסמה את המלצותיה בחודש דצמבר 2008, המליצה, בין היתר, לסמן את ההתיישבות הבדואית הלא מוכרת שבמרחב מטרופולין באר שבע, ובכללה זאת שמדרום-מערב לקיה,

במסמכי תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע בתור "יישובים במעבר" (סעיף 109)¹, עד להכרה סופית וקביעת תחום הפיתוח או השיפוט של הכפר. כמו-כן, המליצה וועדת גולדברג לבחון אפשרות לצרף כפרים לא מוכרים ליישובים מוכרים, כדוגמת הישוב לקיה, תוך הרחבת שטח השיפוט של הישוב המוכר (סעיף 115) והכללת שטחי הכפרים הבלתי מוכרים בו. כלומר, על פי המלצות ועדת גולדברג ניתן להרחיב את תחום השיפוט של המועצה מקומית לקיה, כך שתכלול בתחומה את תושבי המרחב שמדרום ומערב לו.

16. המלצות ועדת גולדברג היו נשוא דיונים בצוות בין-משרדי אשר מונה על ידי הממשלה ושתפקידו לבחון דרכים ליישום המלצותיה של ועדת גולדברג. צוות היישום הגיש את המלצותיו לממשלה בחודש ספטמבר 2011, וגם סביבו קיים ויכוח ומאבק ציבוריים גדולים מאוד והעניין טרם הוכרע באופן סופי. שכן, ובין היתר, המלצות היישום אינן ברורות באשר לאפשרות ההכרה בכפרים הבלתי מוכרים.

17. אישורה של התכנית הנדונה יפגע ביכולת ליישם את המלצותיה של ועדת גולדברג בכל הקשור לתושבים הבדואים המתגוררים היום בהתיישבות לא מוכרת מדרום ומערב לישוב לקיה. התכנית מבקשת לחסום כל אפשרות לפיתוח למגורים באזור ליקית, אשר מהווה עורף תכנוני טבעי של הישוב לקיה.

18. המתנגדים יטענו, כי יש לשמור על מרבית החלופות התכנוניות האפשריות כדי לא לפגוע באפשרות של הסדרת מעמדם של הכפרים הקיימים באזור התוכנית ובסמוך לו. למוסדות התכנון בכלל, ולוועדה המחוזית במיוחד, ישנה אחריות ציבורית לכלל הליכי התכנון ודרכי מדיניות שמתגבשים לצורך מציאת פתרונות התיישבות ראויים עבור כל קבוצות האוכלוסייה בתחום המחוז. לפיכך, לא ניתן לקדם את אישורה של התכנית המוצעת, כל עוד היא חוסמת את היכולת ליישם פתרונות התיישבות ראויים, סבירים ומקובלים עבור ההתיישבות הבדווית הלא מוכרת באזור ליקית.

19. לסיכום פרק זה, התוכנית הנדונה מתייחסת לשטחה כאל שטח ריק בבעלותה של המדינה, ללא התחשבות במצב הקיים בשטח, מבחינת האוכלוסייה המתגוררת באזור והצורך בשמירה על זכויותיה ומציאת פתרונות צודקים עבורה. התוכנית כלל לא בוחנת את החלופה של הכרה בכפרים הקיימים באזור התוכנית, והיא מתעלמת כליל מהליכים תכנוניים תלויים ועומדים באזור ברמה המחוזית, מהליכי הסדר קרקעות באזור אשר תלויים ועומדים כבר כ- 30 שנים, וכן מדיונים ציבוריים קשים אשר מתנהלים הם סביב סוגיית הכפרים הבלתי מוכרים וסוגיית הבעלות הבדווית על הקרקעות בנגב וממהלכים אשר ננקטים בעניין זה.

אי בחינת חלופות מאקרו

20. המתנגדים יטענו כי הליך קידומה של התכנית הנדונה לא נעשה באופן שקוף, לא נבחנו חלופות אחרות למיקומה של קריית המודיעין. הליך המעבר של מחנות הצבא לנגב על כלל ההיבטים הכרוכים בכך, ובמיוחד מיקום היחידות המיועדות למעבר, מתבסס על תכנית שנהגתה במערכת הביטחון מבלי לשתף את הציבור

¹ ראו רשימת הכפרים הבדואים, רובם לא מוכרים, שצורפה לדו"ח ועדת גולדברג (נספח 5), http://www.moch.gov.il/SiteCollectionDocuments/odot/doch_goldberg/Doch_Vaada_Shofet_Goldberg.pdf

הרחב או את מערכת התכנון בפרטיה. זאת, מתוך הנחת היסוד כי מערכת הביטחון יודעת לאפיין היטב את הצרכים שלה ולמערכות האזרחיות השונות אין את הכלים לעשות כן.²

21. ייתכן כי גישה זאת נכונה כאשר מדובר בפריסת מתקני צבא בשעת חירום. אבל, כאשר מדובר ברצון להגדיר שטחים רחבי היקף לשימושים צבאיים לטווח הארוך ובאופן קבוע שאינם מהווים צורך מיידי הנובע מאילוצים של שעת חירום, מן הראוי לבחון את הדברים בהתאם לשיקולים ואמות מידה תכנוניים אזרחיים. הדרישה לעשות כן גוברת כאשר מוסדות התכנון נדרשים לתת את הדעת ביחס לשטחי קרקע רחבי היקף, שהם משאב יקר ערך ההולך ומתמעט וכאשר האינטרסים של כלל הציבור, על כלל האוכלוסיות שבו, צריכים לבוא בחשבון.

22. קבלת עמדתה של מערכת הביטחון להעתיק מחנות צבא אל לב מטרופולין באר שבע מבלי לבחון את התכנית על כל פרטיה וללא בחינת חלופות מיקום, מצביע על אי בדיקה עניינית או אי בדיקה מספקת ומעמיקה של כלל האספקטים הקשורים בתכנון וביעוד משאבי הקרקע, על ידי מוסדות התכנון האמונים על ניהול משאב חשוב ומתכלה זה. חובתם של מוסדות התכנון לדרוש לבחון חלופות מיקום סבירות, ובכלל זה, מידת התאמתן של אותן חלופות לסביבה הפיזית, החברתית, והצרכים התכנוניים הקיימים במקום, כולל הצרכים של האוכלוסייה שמתגוררת באותו שטח.

23. הקמת הבסיס המוצע, בהסתמך על שטח התכנית והשטח המוצע לבנייה, נחשבת, הלכה למעשה, כהקמת יישוב חדש. למרות המשמעויות וההשלכות הפיזיות והסביבתיות שבהקמתו של יישוב חדש, ככל הידוע למתנגדים, לא התקיים הליך מסודר של בחינת חלופות מאקרו למיקום המוצע של קרית המודיעין. בנסיבות העניין, חובה היתה על רשויות התכנון להכין תסקיר השפעה על הסביבה והחברה ולבחון חלופות מאקרו למיקום התוכנית הנדונה בכל מרחב הנגב.

24. לא אחת ביטלו בתי המשפט תוכניות מתאר מופקדות מהסיבה כי לא נבחנו חלופות ולא נערכו תסקירי השפעה על הסביבה כפי שמתחייב בחלק מתוכניות המתאר. דוגמא לכך ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **אדם טבע ודין**, בו ביטל בית המשפט העליון החלטת רשויות התכנון והממשלה לאשר תכנית לסלילת כביש מס' 9 המחבר בין כביש 2 (כביש החוף), כביש 4 (כביש תל-אביב – חיפה הישן) וכביש 6 (חוצה ישראל) באזור צפון השרון מאחר ולא ניתנו הנחיות לבחון חלופות נוספות לכביש במסגרת תסקיר השפעה על הסביבה, אף שזה מעוגן בתמ"א 3 – תכנית המתאר הארצית לכבישים. בית המשפט העליון קבע, בין היתר, כי ככלל לגבי תכניות בעלות השפעות סביבתיות ניכרות וארוכות טווח יש לבחון, במסגרת תסקיר השפעה על הסביבה, חלופות תכנוניות עקרוניות לתכנית המוצעת. בהעדר בחינה כאמור נפל פגם בהליכי אישור התכנית המצדיק את ביטולה. בג"ץ 9409/05 **אגודה ישראלית להגנה על הסביבה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומיות**, פורסם בנבו (2009).

25. בדיקת חלופות מאקרו מהווה חלק אינטגרלי מעבודות ועדות תכנון ובנייה כחלק מבדיקת התשתית העובדתית השלמה אשר תוכל להוות בסיס לכל החלטה תכנונית מטעמן. החלטת ועדות תכנון להפקיד או לאשר תכנית צריכה להתבסס על תשתית עובדתית מלאה והולמת לרבות, כאמור, בחינת חלופות מקרו והשפעותיהם על הסביבה והחברה. ברור, אם כן, שהעדר תסקיר חלופות, כפרק מתוך תסקיר השפעה נרחב יותר, מהווה פגם מהותי אשר פוגע בהליך התכנון עד כדי הפיכתו לשרירותי ובלתי סביר לחלוטין. כידוע,

² ארז צפדיה, עמירם אורן, גיל יניב (2006) **דרמת ההדרמה: העברת מחנות צבא אל מטרופולין באר שבע מנקודת מבט אזרחית**, אוניברסיטת בן גוריון בשיתוף מכללת ספיר.

מטרתו של תסקיר השפעה על הסביבה, בו ישנה גם התייחסות להיבטים חברתיים, הינה למנוע חוסר התחשבות בצרכים סביבתיים וחברתיים תוך שהוא מנחה את עורכי התכנית ואת מוסדות התכנון להתחשב במגוון נושאים ומקנה להם את הכלים לבחון בין חלופות באופן מושכל.

26. בהתאם לכך, על מוסדות התכנון היה לבחון חלופות מיקום אשר מתייחסות, בין היתר, למיצוי עתודות קרקע שנמצאות כבר עתה בידי מערכת הביטחון. לדוגמא, הבסיס הצבאי "נבטים" שמדרום לישוב כסייפה, כולל שטח של כ-55,000 דונם שחלק גדול ממנו לא מנוצל בפועל. בנוסף, בתחום מטרופולין באר שבע ישנם אזורי תעשייה מיוחדים השמורים למערכת הביטחון שלא נוצלו כלל או לא נוצלו עד תום. כמו גם אתרי כרייה וחציבה רבים שקיים וויכוח לגבי נחיצותם. תכנון מושכל, אשר נשען על עקרונות של פיתוח בר קיימא, יכול היה להצביע למשל, על האפשרות להגדיר סדרי עדיפויות באופן הקצאת אתרי הכרייה בכדי לאפשר תכנון של אתר החציבה כך שהמקום יוכל לקלוט לאחר מכן שימושים עתירי שטח אחרים, כגון מתקנים צבאיים.

27. חשוב לציין כי הנושא של בחינת חלופות למיקום שימושי קרקע שונים הינו חלק מהסמכויות והאחריות של מוסדות התכנון בכל הרמות, גם ללא חובת הכנת תסקיר השפעה על הסביבה. התכנית הנוכחית אינה עוסקת כאמור, בהקמתו של "מתקן ביטחוני" עליו חלות מגבלות של ביטחון שדה ומקרה חירום. עצם יעודו, אופיו, ואפילו זהות היחידות שאמורות לעבור אל שטח התוכנית ממקום הצבתן באזור המרכז, הינם ידיעת הכלל ופורסמו במחקרים רבים ובאמצעי התקשורת השונים. אילו היה מדובר במתקן בטחוני עליו חלים כללים של ביטחון שדה, התכנית היתה מגיעה לדיון ב-ולמ"ב מחוז דרום, בהתאם להוראות חוק התכנון והבניה (פרק ו). יתרה מכך, בחודש מאי 2009 אף פורסם נוהל חדש לטיפול בבקשות להקמת מתקנים בטחוניים. נוהל זה מציין שגם במקרה של מתקן בטחוני שנדון במסגרת הולמ"ב, במידה ומדובר "בבקשה הסותרת את המצב התכנוני התקף תתקיים בדיקת חלופות התואמות את המצב התכנוני או חלופות הכרוכות בסטייה קלה ממנו"³. ככל הידוע למתנגדים, בדיקת החלופות לא התקיימה כאשר תיקון 74 לתכנית המתאר המחוזית תמ"מ/14/4 הובא לדיון בפני מוסדות התכנון. מן הראוי כי תהליך בדיקת החלופות יתקיים לפני אישורה של תכנית מפורטת.

28. ברגע שהתכנית נדונה באופן גלוי במערכת התכנון, אין בה שום דבר שונה מכל תכנית אחרת המבקשת להקים מתקן הנדסי או מוסד ציבורי עם מאפייני בינוי גדולים במיוחד. לכן, השיקולים לבחירת המיקום המוצע חייבים להיות שקופים וניתנים למדידה בעזרת הכלים המקובלים במערכת התכנון, כגון התאמתו של המיקום לשימושי קרקע גובלים, לתכנון האזורי הכולל, והן השפעת התכנית על המרחב בו אמור לקום, ובכלל זה השפעות על האוכלוסייה המתגוררת במקום. מיותר להדגיש כי הליך בחינת החלופות חייב להתבסס על חלופות ראויות שמאפשרות ניתוח מושכל של המצב התכנוני והשוואה שקולה בין היתרונות והחסרונות של כל חלופה כתנאי לקבלת החלטה סבירה.

³ ראו מאמרו של ד"ר עמרים אורן: נוהל חדש לטיפול בבקשה להיתר הקמתו של מתקן ביטחוני <http://www.aepi.org.il/index2.php?id=78&lang=HEB>

השטח המוגדר כאזור "בעל חשיבות למטרופולין" הולך ומצטופף

29. ייעוד הקרקע בשטח המוצע להקמתה של קריית המודיעין, אזור ליקית, מוגדר בתכניות המתאר המחוזיות כאזור "בעל חשיבות למטרופולין". אמנם, תיקון 74 לתכנית המתאר המחוזית תמ"מ/4/14 מאפשר הקמתם של מתקנים בטחוניים או מחנות צבא בתוך אותה רצועת שטח, אך שימוש זה, בולט בחוסר התאמתו לשאר השימושים המותרים במקום, האזרחיים במהותם, אשר יש בהם בכדי לתרום לתפקוד המרחב המטרופוליני בכללותו: אחסנה ומחסני ערובה, מסחר סיטונאי ומסחר קמעוני עתירי שטח, תעשייה עתירת ידע, מוסדות ציבור, מתקני תשתית תקשורת ושינוע ומתקני תחבורה.

30. גם תכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע המופקדת (תמ"מ/4/14/23), חיזקה גישה זו הרואה חשיבות אזרחית לרצועת השטח באזור ליקית. הסעיף הקובע את התכליות המותרות (סעיף 6.11 לתכנית תמ"מ/4/14/23) מוסיף לרשימה המקורית של תמ"מ/4/14 גם את התכליות הבאות כתכליות התורמות לתפקוד המרחב המטרופוליני: שטח פתוח, תעשייה קלה ומלאכה. יתרה מזאת, נספח עיקרי מדיניות התכנון של תכנית מטרופולין באר שבע מקדישה פרק שלם לעיקרי תכניות הפיתוח במרחב המטרופוליני, בכלל זה הצעות לקידום פרויקטים "בוני מטרופולין" ופרויקטים עסקיים-כלכליים בייזום ציבורי. אזור ליקית מתואר כדלקמן:

"יתד תעסוקה מטרופוליני מעורב - מוצע לבחון רעיון של **עמק סיליקון** מטרופוליני לאורך כביש 60 בציר באר שבע - צומת שוקת - מיתר. החוד של היתד - הקמפוס הראשי של אוניברסיטת בן גוריון בנגב ותחנת הרכבת בבאר שבע ...
בהמשך לכיוון צפון-מזרח אזור התעסוקה והחינוך של עומר ובהמשכו אזור ליקית.
ראש היתד הוא אזור התעסוקה שוקת, מחלף הכניסה הראשי לבאר שבע - צומת הדרכים 60/6 ותחנת רכבת עתידית."⁴

31. הקמת קריית המודיעין בליקית, אם כן, לא תאפשר פיתוחה של רצועת השטח האמורה כעמק סיליקון אזרחי, לשימושם ולרווחתם של כלל תושבי המטרופולין, לצד הכרה והסדרת מעמדם של הכפרים הבדוים באזור, ולו רק מפני שהיא תתפוס כמעט את כל השטח הנותר פנוי כעת, כולל השטחים שמשמשים מזה שנים רבות, את האוכלוסייה הבדווית באזור למגורים, חקלאות ורעייה. כך שלמעשה תישאר רק פיסת קרקע קטנה לפיתוח עתידי (ראו מפה 2). רצועת השטח המוגדרת כבעלת "חשיבות למטרופולין" הולכת ומצטופפת כבר היום לפני שהוקמו בה ולו חלק קטן מהתכליות שיועדו לה. חודו של היתד, הקצה הדרום-מערבי שלו, מיועד להרחבת אזור התעשייה של עומר וראש היתד, הקצה הצפון-מזרחי, לשימושים הנרחבים של צומת שוקת. קריית המודיעין המוצעת ממוקמת במרכז הרצועה ותופסת כמעט את כל השטח הנותר פנוי כיום. נציין כי ישנה גם יוזמה להקמת מנחת מטוסים בין אזור התעשייה של עומר והשטח המוצע להקמת קריית המודיעין, כך שבפועל רק פיסת קרקע קטנה מאוד, בין התוואי המתוכנן של כביש 6 לבין הדופן המזרחי של הבסיס המוצע, נותרת ריקה וברור שהיא לא תתאים לפיתוח עתיר שטח כלשהוא אלא תשאר מבוזבזת, זכר לעמק הסיליקון שלא יזכה לרקום עור וגידים במקום.

32. שטחה של הרצועה "בעלת החשיבות למטרופולין" לפי תכנית מטרופולין באר שבע (תמ"מ/4/14/23) הינו כ- **12,930** דונם. כפי שמפורט להלן, ישנן תכניות, מאושרות ומקודמות כאחד, אשר כבר היום ממלאות את השטח (ראו במקביל מפה 2):

⁴ עיקרי מדיניות התכנון של תמ"מ/4/14/23, פרק 6, תת-סעיף 6.4.3, עמ' 103.

- אזור תעשייה עומר (תכנית מס' 14/בת/20 והרחבה לפי תכנית מס' 39/100/02/14) : כ-1,840 דונם ;
- רצועת כביש 6 - תמ"א 2/21/א/31 : כ-600 דונם ;
- אזור תעשייה צומת שוקת - תכנית מס' 57/305/02/7 : כ-2,630 דונם ;
- יוזמה להקמת מנחת מצפון לאזור התעשייה של עומר : כ-400 דונם ;
- יער לפי תמ"א 22 : כ-570 דונם .

33. יצויין בהקשר זה, כי התוכניות הנ"ל יכולות לדור בכפיפה אחת עם הסדרת מעמדם של כפרי המתנגדים והאוכלוסייה הבדווית המתגוררת באזור מזה זמן רב.

34. התמונה המצטיירת מראה שיותר מחצי משטח הרצועה "בעלת חשיבות למטרופולין" כבר תפוסה, אם בפועל ואם בתכנון, עוד לפני הקמת קריית המודיעין במקום. אם תקום הקריה, ייתפסו עוד כ-5,000 דונם כך שיוותרו רק כאלפיים דונם, אשר יותר ממחציתם הם שטחים שוליים, לא רציפים, שסביר להניח שיסופחו עם הזמן לאזורי התעשייה השונים ו/או ישרתו אותם. למעשה, רק שטח משולש קטן, המוזכר לעיל, בין כביש 6 לדופן המזרחי של קריית המודיעין המוצעת, נותר כחטיבת קרקע משמעותית לפיתוח. שטח זה, אשר חולש על כאלף דונם ונמצא בחלקו מחוץ לגבולות הרצועה, אינו יכול להכיל בתוכו את כל השימושים המוזכרים בהוראות התכניות המחוזיות ובנספחי המדיניות השונים.

35. כאמור, התכליות המותרות באזור ליקית, לפי הרשימה המקורית של התכנית המחוזית המאושרת כמו גם בתכנית החלקית למטרופולין באר שבע, הם שימושים מרכזיים עתירי שטח הדרושים לפיתוחו של מטרופולין באר שבע. ניתן להתווכח האם קריית המודיעין דרושה לפיתוחו של המטרופולין האם לאו, אך דבר אחד ברור - לכל השימושים המותרים ישנו מכנה משותף מובהק: כולם שימושים אזרחיים המיועדים לכלל תושבי המטרופולין. קריית המודיעין לעומת זאת, תשרת רק פלח אחד באוכלוסיית המטרופולין. לכן, מבחינה תכנונית, מן הראוי לשמר את אופייה האזרחי של רצועת הקרקע לאורך כביש 60 ולהימנע מהקמת בסיס צבאי במקום, וכן לשמר את האופציה של הכרה בכפרים הקיימים בפועל בשטח.

העתקת הבעיה ממרכז המדינה לדרום

36. המטרה המוצהרת העיקרית להדרמת בסיסי הצבא לנגב הינה פינוי בסיסי צבא קיימים מאזורים צפופים ומבוקשים במרכז הארץ. אך במבחן התוצאה, הקמתה של קריית המודיעין במרכז מטרופולין באר שבע, בסמיכות בלתי סבירה למוקד המטרופולין הדרומי, מעתיקה את הבעיה ממקום אחד למשנהו. כך, קרית המודיעין תמצא את עצמה בעתיד הלא רחוק שוב בלב ליבו של מטרופולין צפוף והמעבר למיקום המוצע יגרום להעתקת המחסור בעתודות קרקע לפיתוח מטרופוליני ממרכז הארץ אל הנגב. לפי שיטה זו, הפתרון המוצע עבור בעיה מסוימת יוצרת את אותה הבעיה במקום חדש וייתכן שבעתיד שוב יעלה הצורך בהעתקת הבסיס.

37. כפי שצינו לעיל, הרצועה של שימושים מטרופוליניים הולכת ומתמלאת. מפה מספר 2 מראה שגם מעבר לגבולות רצועה זאת, האזור כולו הולך ומצטופף עם שימושים רבים. לישושים לקיה, חורה, אל סייד, אום בטין, תל שבע, עומר ומיתר ישנו פוטנציאל לפיתוח פרברי/כפרי מעבר לבנייה הקיימת. בנוסף, קיים צורך בהסדרת הכפרים הלא מוכרים הקיימים בשטח. יתירה מכל, בצמוד לקיבוץ כרמים, אושרה בשנת 2003

תכנית להקמת ישוב חדש בשם כרמית. עבודות הפיתוח בישוב החלו כבר בשנת 2010 ואף הוחל בשיווק המגרשים במקום. מבחינת תעשייה, בנוסף לאזור התעשייה של עומר שהוזכר לעיל, ישנה התכנית המאושרת להקמת אזור תעשייה בצומת שוקת בצד הצפוני של כביש 31, בצמוד לגבולותיה של הרצועה בעלת "חשיבות למטרופולין".

38. כך, האזור כולו מתמלא בפיתוח, קיים ועתידי, למגורים ולתעשייה. בהתאם לכך, ישנה גם פעילות רבה לפיתוח תשתיות כמתבטא ברשת הדרכים הענפה של דרכים קיימות ועתידיות ובקווי חשמל ודלק החוצים את השטח ומגבילים את הפיתוח בצמוד להם. בנוסף לכל, ישנם גם לא מעט שטחים השמורים ליעור בהתאם לתמ"א 22.

39. התמונה הרחבה, אם כן, מראה בבירור שהשטח המסומן עבור קריית המודיעין נמצא בלב ליבו של מרכז מטרופולין מתפתח ומצטופף. כאמור, גם רצועת השטח המוגדרת כבעלת "חשיבות למטרופולין" ומיועדת עבור שימושים המשרתים את כלל תושבי המטרופולין הולכת ומצטופפת. על כן, הקמת קריית מודיעין במקום המוצע לא רק שתבטל את האפשרות לפיתוח מרכז מטרופוליני פתוח לכל, אלא שהיא גם תגרום להעקת הבעיה הקיימת במרכז הארץ אל מרכז מטרופולין באר שבע. בכך, מעבר קריית המודיעין לאזור ליקית כחלק מפרויקט ההדרמה של הצבא, אינה משיגה את מטרתה המוצהרת ופוגעת בפיתוח הנגב.

התוכנית איננה נשענת על תשתית עובדתית ראויה:

40. המסקנה המתבקשת מהדברים האמורים לעיל היא, כי ההחלטה להפקיד את התוכנית נעשתה מבלי לערוך בדיקה מקיפה ועניינית של כלל העובדות הרלוונטיות בשטח ולעובדות המקצועיות הרלוונטיות באשר לתכנונו של האזור. בין היתר, לא נבדקו חלופות ראויות למיקום המחנה, לא נבדקו השלכות המחנה על פיתוח המטרופולין בעתיד, לא נבדקו השלכות התכנית על האוכלוסייה הבדווית שמתגוררת בשטח התוכנית ובסמוך לו, לא נבדקו השלכות התוכנית על תביעות ההסדר התלויות ועומדות בשטח וכד'.

41. המחדל של רשויות התכנון המתייחס לאי בדיקה עניינית ושלמה למסכת העובדתית שביסוד קבלת ההחלטה בדבר הפקדת התוכנית, הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בחלטה החורצת את עתידם של תושבי האזור לפינוי והריסת בתיהם וכן לאי בדיקת חלופה של הסדרת מעמדם של הכפרים הבלתי מוכרים באזור התוכנית, כפי שפורט לעיל.

42. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מנהלית שהתקבלה ללא בירור כלל העובדות הנוגעות לעניין, אלא על יסוד תחושה בעלמא, או שבגלל שדעת הרשות נחושה להשיג תוצאה מסוימת ללא תשתית עובדתית ראויה ושלמה, הינה החלטה שרירותית שדינה פסלות. בעניין **ברגר** נקבע כי:

"ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית...תהליך קבלת ההחלטה על ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה) בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף סיכום ההחלטה המנומקת".

בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר המשפטים**, פ"ד לז(3) 29, 48-49 (1983).

ראה לעניין זה גם :

בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994).

43. ואכן, בתי המשפט לא היססו לבטל החלטות של ועדות תכנון אשר לא נשענו על תשתית עובדתית מלאה, עניינית וממצה. כך היה בעניין **גאלב בדר** בו ביטל בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים החלטה של רשויות התכנון שלא לאשר תכנית מתאר אותה יזמו העותרים לשינוי יעוד מקרקעין למגורים. בית המשפט הבהיר, כי " הגעתי למסקנה כי הועדה לא שקלה את כל השיקולים הנוגעים לעניין והחלטתה אינה מבוססת על תשתית עובדתית מוצקה ואינה מאזנת נכונה בין האינטרסים השונים העומדים לדיון. לפיכך, יש לקבוע כי ההחלטה נגועה באי סבירות קיצונית המצדיקה את התערבות בית המשפט." (עת"מ (י-ס) 338/07 **גאלב בדר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ירושלים** פורסם בנבו (2008), פסקה 73 לפסק הדין). בית המשפט קבע באופן עקרוני, כי "החלטה של ועדה העוסקת בנושאי תכנון ובניה – והחלטה של רשות ציבורית בכלל – חייבת להיות מבוססת על תשתית עובדתית מוצקה ובמיוחד על נתונים עובדיים קונקרטיים ותוכניות ענייניות ומקצועיות **ברות ישום**." (ההדגשה לא במקור) (פסקה 61 לפסק הדין).

44. היות ועל הפרק זכויות יסוד חוקתיות של המתנגדים, כפי שיפורט להלן, חובה היתה על רשויות התכנון כי זכויותיהם של המתנגדים יובאו בחשבון ויישקלו במהלך הכנת התוכנית וההחלטה על הפקדתה.

פגיעה בשלטון החוק ובזכות להליך הוגן:

45. המתנגדים יטענו, כי התוכנית הנדונה תסכל את בירור תביעות הבעלות באזור התוכנית ותפגע בזכותם של מגישי תביעות הבעלות להליך הוגן בעניינם. כאמור, חלק מהקרקעות בשטח התוכנית נמצאות בהליכי הסדר ובגינם הוגשו תזכירי תביעה לרישום בעלות על יד האוכלוסייה הבדווית. תביעות אלה טרם התבררו והן עדיין תלויות ועומדות בהליכי ההסדר על פי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "הפקודה").

46. אישור התוכנית במתכונתה הקיימת, על קרקעות הנמצאות בהליכי הסדר, יסכל כל אפשרות לקבל בעלות בפועל על קרקעות אלה, במידה והליכי ההסדר הסתיימו לטובת התובעים מבין האוכלוסייה הבדווית. וכך, יהפוך הליך בירור התביעות על פי הפקודה להליך עקר מתחילתו אשר התוכנית הנדונה מרוקנת אותו מכל תוכן ופוגעת בזכותם של תובעי הבעלות להליך הוגן. במילים אחרות, התוכנית משעה את תחולתה בפועל של הפקודה בכל הקשור לקרקעות הנתבעות בתחומה.

47. יתירה מכך, אישור התוכנית אף יסכל כל אפשרות של המתנגדים וכלל המתגוררים בשטח התוכנית ובסמוך לו, לטעון לזכויות שימוש בקרקע עליה הם מתגוררים מזה שנים רבות הן לצורכי מגורים והן לצורכי חקלאות. אי לכך, אישור התוכנית יביא לסיכול אפשרות מימוש זכויות המתנגדים ושאר המתגוררים באזור לבעלות, לשימוש והכרה בכפריהם והמשך קיומם והסדרת מעמדם על בסיס זכויותיהם החוקתיות וההיסטוריות. במילים אחרות התוכנית תמנע מתושבי האזור להגן על זכויותיהם ועל כן היא פוגעת באופן בסיסי בזכות החוקתית להליך הוגן.

48. בנוסף, וכפי שהובהר לעיל, הפקדת התוכנית הנדונה ואישורה, במידה ותאושר, תרוקן מתוכן גם את הליך ההתנגדויות אשר הוגש לתוכנית מטרופולין באר שבע. כאמור, הליך זה טרם הוכרע סופית והתוכנית טרם אושרה. אישור התוכנית, יביא לקביעת עובדות מוגמרות בשטח, ברמה התכנונית המפורטת, דבר אשר ייתר כל דיון נוסף בעניין תכנית המטרופולין הן ברמה של ועדות התכנון, הן ברמה של שר הפנים והן ברמה של בתי המשפט, במידה ויהיה צורך בכך. המובן זה, התוכנית אף משעה את תחולת דיני התכנון והבנייה, בכל הקשור להתנגדויות המתנגדים לתוכנית המטרופולין.

49. בעניין **מנאע** סוכמה ההלכה בעניין הזכות החוקתית להליך הוגן הכוללת בחובה את הזכות להשמעת טענות ואת זכות הגישה לערכאות, לאמור:

"כלל יסוד בשיטתנו המשפטית מורה כי רשות מינהלית תימנע בדרך-כלל, מהחלטה הפוגעת בזכות או באינטרס מוגן של אדם, קודם שהעניקה לו הזדמנות נאותה להשמיע את דבריו ולשטוח את טענותיו... ביסוד הכלל, עומדת חובתה של הרשות להתייחס בהגינות לאזרח, תוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים שיש להם רלבנטיות לצורך החלטה, כך שהצדק ייעשה וגם ייראה... ההזדמנות להשמיע טענות צריכה להיות הוגנת, בהתחשב במכלול נסיבות העניין... לכך יש להוסיף כי ככל שהפגיעה הצפויה באזרח חמורה יותר, כן רחבה זכותו להשמיע טענותיו."

בג"ץ 6824/07 ד"ר **עאדל מנאע נגד רשות המיסים**, פסקאות 42-43 לפסק הדין (פסק דין מתאריך 20.12.10).

50. בנוסף, הלכה פסוקה היא, כי חובות המשפט המינהלי ועקרונות המשפט החוקתי חלות על כל פעולה של רשויות המינהל וכפי שנאמר: בתי המשפט הם רבים אך המשפט המינהלי הוא אחד. "חובות אלו [של המשפט המינהלי] מוטלות על הרשות השלטונית שעה שהיא מפעילה סמכות סטטוטורית, וניתן לראות בהן עקרונות המגבילים – על פי כוונתה המשוערת של החקיקה – את הסמכות עצמה."⁵ שלטון החוק כולל היבט מהותי של הגנה על זכויות אדם ושל הגשמת ערכי צדק. מכאן, עקרונות חוקתיים חלים על כל פעולה של השלטון, (בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 505, 622 (1986); בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(6) 817, 834 (2003); אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, נבו הוצאה לאור (2010), עמ' 280 - 283); אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**, הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר הוצאה לאור, נבו הוצאה לאור (2004).

51. הפסיקה הנ"ל מעלה את חשיבות סוגיית עקרונות ההגינות בפעולות המינהל הציבורי ורשויות השלטון לאור הכוח הנמצא בידי שלטונות אלה אשר מעמיד אותן בעמדת עליונות על פני האזרח או הפרט (ראו לעניין זה: בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 367-366 (1998).

52. לפיכך, רשויות התכנון, אינן יכולות לקדם תכניות אשר, הלכה למעשה, מרוקנת מתוכן וממשמעות הליכים תלויים ועומדים על פי חוק ותשעה את תחולתו של המשפט המינהלי והחוקתי ביחס לאותם הליכים.

⁵ בג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל** פ"ד לד(3) 725, 746 (1980).

פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות:

53. המתנגדים יטענו, כי התוכנית פוגעת בזכויותיהם, כמו גם בזכויות כלל האוכלוסייה הבדויות באזור התוכנית ובסמוך לו, החוקתיות לכבוד ולקניין.

א. הזכות החוקתית לקניין:

54. זכותם המתנגדים לרכוש בעלות מלאה על קרקעותיהם בגינם הם הגישו תביעות הסדר, הנה זכות קניינית ממעלה ראשונה. בנוסף, זכותם המתנגדים כמו גם שאר תושבי האזור על שני סוגיהם (ההיסטוריים והעקורים) לשימוש בקרקעות שמשמשות אותם למגורים במשך עשרות רבות של שנים יוצרת זכות חוקתית לקניין לפי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

55. אין צורך להכביר מילים אודות הזכות לקניין, שעל שני היבטיה הכלכלי והרגשי, הנה זכות יסוד חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, למשל, נקבע בעניין מחול על היבטיה של הזכות לקניין:

"(תחילת משפט?) הזכות לקניין, המוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר טבועים בה שני היבטים. היבט אחד הוא ההיבט הכלכלי, והאחר הוא ההיבט הרגשי. על ההיבט הרגשי כמאפיין את הזכות במקרקעין עמד פרופ' ויסמן באומרו: "בעלות במקרקעין מפתחת לעתים קרובות זיקה רגשית של בעל הקרקע כלפי הקרקע, נשוא הבעלות. דבר זה נובע, בין השאר, מכך שאין לך תחלף מלא לחלקת אדמה כלשהי... המשפט מתחשב בהיבט זה של המקרקעין ומשתדל שלא לנשל אדם ממקרקעיו, ושלא ליצור מצב שבו יאלץ בעל קרקע לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרקעין" (ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 115).

בג"צ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד (1) 309, 317 (1996)

56. ולעניין זה נקבע בפרשת חוף עזה כלהלן:

"הקניין' בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות 'קנייניות' כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכושני"

בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 583 (2005).

על משמעותה ומהותה של זכות הקניין ר' גם:

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995)

בג"צ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, נט(5) 368 (2005)

בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001)

יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (1995)

יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535 (1997)

ב. הזכות החוקתית לכבוד:

57. אישור התוכנית אשר תביא לסיכול הסדרת מעמדם של המתנגדים וכפריהם ואי לכך תביא בהכרח לפינויים, בנסיבות אשר פורטו לעיל, מהווה אף פגיעה חמורה ביותר בזכותם החוקתית של המתנגדים לכבוד, המעוגנת אף היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שכן, אי הסדרת מעמדם ופינויים בנסיבות אלה ישלול את זכותם לדיור, ישלול כל ערך לחיי המשפחה והחברה שלהם וישלול כל ערך לאנושיותם. התייחסות התוכנית אל השטח עליו היא משתרעת כאל שטח ריק נותנת למתנגדים את התחושה, כי היחס אליהם הינו כאל חפצים שניתן בנקל להעבירם ממקום למקום ללא לקיחה בחשבון את זיקתם וקשריהם ההדוקים לאותו מקום, את ההשלכות החברתיות, המשפחתיות והכלכליות של העברה זו.

58. על כך עמד בית המשפט העליון בעניין **חוף עזה** כדלקמן:

"יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו" (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827, מפי השופט א' ברק). באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" (דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1), 48, 95-96). ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות "להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה" (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570). בהתייחסו לתוכנה של זכות זו קבע השופט אור: "זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה, במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות הבחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו" (שם, עמ' 570, 571).

[...]

אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה. " (בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 562-561 (2005)).

59. יתירה מכך, הלכה פסוקה היא, כי הזכות לדיור הנה זכות חוקתית הנחשבת כחלק לכבוד. על חשיבותה של הזכות לדיור כחלק מכבוד האדם וחירותו נקבע בפרשת **גמזו**:

"כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב לחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות

בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע". (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001)).

ראה לעניין זה גם :

אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך 3 422-423 (1994)

תכלית בלתי ראויה

60. המתנגדים יטענו, כי בנסיבות המפורטות לעיל, התוכנית איננה יכולה להיות לתכלית ראויה. הפסיקה קבעה כי תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם אינה תכלית ראויה. תכלית אשר מתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה. תכלית אשר לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים אינה תכלית ראויה. על מהותה של תכלית ראויה נקבע בפס"ד **חוף עזה** כדלקמן :

"כך ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרת ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן...". (השופטת ביניש בפרשת מנחם [39], בעמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון [38], בעמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית".

בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005).
ראה לעניין זה גם :

רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625 (1997)
ע"א 524/88 **"פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות**, פ"ד מה (4) 529 (1991)
אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003).

מבחן המידתיות

61. המתנגדים יטענו, כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות לעיל הנה בלתי מידתית ומעל לנדרש. על עקרון המידתיות עמד הנשיא (דאז) ברק בפרשת **מועצת הכפר בית סוריק** כלהלן :

"עקרון המידתיות קובע, כי החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמתה של התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה. העקרון של מידתיות מתרכז, איפוא, ביחס בין המטרה אותה מבקשים להגשים לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. עקרון זה כללי הוא. הוא מחייב קונקרטיזציה. אכן, הן במשפט הבינלאומי, הן בשיטות לאומיות שונות (הן ממשפחת המשפט המקובל (כגון קנדה) והן ממשפחת המשפט הקונטיננטלי (כגון גרמניה)), והן במשפט הישראלי, נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות".

בג"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 838-839 (2004).

62. ובהמשך לפסק דינו מפרט הנשיא (דאז) את שלושת מבחני המשנה לעקרון המידתיות:

"מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא".

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 839-840 (2004).

63. כבוד הנשיא (דאז) ברק מוסיף ומציין לעניין זה, כי:

"רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שנקט על ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרתו הוא מידתי. לא די בקיומו של אחד או שניים ממבחני משנה אלה. נדרש קיום בו-זמני של שלושתם. לא פעם מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. במצבים אלה יש להכיר במיתחם מידתיות (הדומה למיתחם הסבירות). כל אמצעי שהרשות בוחרת בו בגדרי המיתחם הוא מידתי (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 13; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258).

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 839-840 (2004).

64. **מבחן הקשר הרציונלי:** המתנגדים יטענו כי לא קיימת כל זיקה וכל קשר רציונלי בין השטח בו שוכנים כפריהם לבין היעוד המתוכנן בתוכנית. כאמור, אותן מטרות של התוכנית יכולות להתקיים גם במיקומים אחרים ללא פגיעה במתנגדים או תוך כדי הקטנת שטח התוכנית על ידי הוצאת כפרי המתנגדים משטחיה. עובדה היא, כי השטחים המיועדים לבנייה, אינם חולשים בפועל על מרביתם של הכפרים האזור, אך יחד עם זאת, אלה הוכנסו לשטח התוכנית ללא קל זיקה או קשר רציונלי.

65. **מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה):** המתנגדים יטענו, כי לא נבחנו חלופות אחרות של התוכנית שלא פוגעות בזכויות היסוד החוקתיות של המתנגדים. החלופה המוצעת בתוכנית הנדונה הינה החלופה הדרסטית ביותר מבחינת המתנגדים, תוך כדי שלילה מוחלטת של זכויותיהם החוקתיות כפי שפורט לעיל. דבר זה מנוגד לפסיקה שדנה במבחן המשנה השני שלפיה החלטה גורפת הינה כשלעצמה בעייתית ולא מקיימת את תנאי המבחן. בפרשת בית סוריק⁶ בית המשפט העליון קיבל את העתירה בעניין תוואי גדר ההפרדה בגלל שהוכח בפניו כי מתכנני התוואי לא בחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת החלטתם המעידות כי החלופה שנבחרה אשר פוגעת באינטרסים של החקלאים הפלסטינים היא החלופה האחרונה והרלוונטית. בפרשת מרעבה⁷, בג"צ קיבל עתירתם של העותרים נגד תוואי הגדר משום שלא נבחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת

⁶ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 850-851 (2004).

⁷ בג"ץ 7957/04 מרעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).

החלופה אשר שמה את העותרים הפלסטינים בתוך מובלעת. במקרה דנן, מקל וחומר כאשר מדובר בתוכנית שיכולה להביא לעקירת תושבים ממוקום מושבם ולפגיעה חמורה בזכויותיהם החוקתיות.

66. **מבחן המידתיות הצר:** מבחן זה קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות נוקטת בו להגשמת מטרתיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. היינו, המבחן הזה יוצא מתוך הנחות שלפיהן, כל טיעוני הרשויות הינן מבוססות, לתכלית ראויה, ולאחר שנסקלו כל החלופות. עם זאת, המבחן הזה בודק, האם בכל זאת, ראוי שהמדינה תנקוט בצעד המבוקש? האם הנזק לערכים הדמוקרטיים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של מעשה הרשות.

67. בעניין זה ראו עמדתו של הנשיא דאז ברק בפרשת **תיקון חוק האזרחות** כדלקמן:

"משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם [...]. מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה (ראו Alexy, 66). הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט".

בג"צ 7052/03 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, 69** (טרם פורסם, ניתן ביום 14.5.06).

68. ולכן תישאל השאלה האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם מן הראוי לייעד אזור מאוכלס מזה עשרות רבות של שנים ואזור בהליכי הסדר, למחנה צבאי שיכול להביא לעקירת אנשים מבתיים וחייהם החברתיים והכלכליים?

69. המתנגדים יטענו, כי ערכי השיטה המשפטית אינם סובלים תוצאה כאמור. התוכנית הנדונה הינה גורפת שאיננה נותנת כל משקל וכבוד לאדם כאדם ולזכויותיו הבסיסיות והחוקתיות.

לאור כל אלה, הנכם מתבקשים בזאת לדחות את התכנית מפורטת מס' דר/31/מבט/102 "קריית המודיעין של צה"ל בנגב". אנו שומרים לעצמנו את הזכות להוסיף, לפרט ולהרחיב את הטענות נגד התכנית המופקדת, ולהסתייע במומחים בעת הדיון, ככל שנמצא לנכון.

סזאר יהודקין, מתכנן ערים
עמותת **במקום**

אברהים אלוקילי, יו"ר
המועצה אזרית לכפרים הלא מוכרים בנגב

עו"ד סוהאד בשארה
עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל