



בבית המשפט העליון

רע"א 3094/11

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשים: 1. איברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח
2. עטווה עיסא אבו אלקיעאן ואח'

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בבאר שבע (סגנית הנשיא ש' דברת, והשופטים ר' ברקאי ו-
א' ואגו) בע"א 1165/09 מיום 28.2.11

תאריך הישיבה: י"ב בסיון התשע"ד (10.6.14)

בשם המבקשים: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד סוהאד בשארה
בשם המשיבה: עו"ד משה גולן; עו"ד האני טרודי

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (סגנית הנשיא ש' דברת, והשופטים ר' ברקאי ו-א' ואגו) בע"א 1165/09 מיום 28.2.11, בגדרו נדחה ערעור המבקשים כנגד פסק דינו של בית משפט השלום בבאר שבע (השופט ג' גדעון) בת"א 3326/04 ובת"א 3341/04 מיום 30.7.09; בפסק דין זה נתקבלה תביעת המשיבה לסילוק ידי המבקשים ולמתן צו מניעה קבוע כנגדם ביחס למקרקעין שבבעלותה, המצויים באזור נחל יתיר אשר בצפון הנגב. כפי שיפורט, מזה כ-60 שנה מתגוררים המבקשים, בני השבט הבדואי "אבו אלקיעאן" (להלן השבט; שבט אלקיעאן) בכפר בדואי לא מוכר הקרוי "עתיר/אום-אלחיראן" (להלן הכפר) על שם שני המתחמים המרכיבים אותו, שאליהם נידרש להלן; עניינם של הליכים אלה – תביעת המשיבה לפינוי המבקשים מן המקרקעין

שבבעלותה, במקביל להקמת הישוב העירוני חידן במקום בהתאם לתכניות המתאר המסדירות את האזור, כפי שיפורט.

ב. בטרם פריסת המסכת העובדתית העומדת ברקע, אקדים ואציין את עמדתי בשורה התחתונה, לאחר בחינת החומר כולו, כי לטעמי יש להיעתר לבקשת רשות הערעור ולדון בבקשה כבערעור, אך לא להיעתר לערעור גופו. כידוע, רשות ערעור בגלגול שלישי נשקלת בנושאים החורגים מתחומם של הצדדים לעבר סוגיה משפטית או ציבורית רחבה יותר. הגם שבסופו של יום, וחרף טענות המבקשים כפי שיפורטו, הבקשה אינה מגלה במישור המשפטי סוגיה כללית החורגת מעניינם הקונקרטי של הצדדים; המשיבה, ביסודם של דברים, היא בעלת המקרקעין ורשאית לפנות מהם את המבקשים ככל שהדברים נבחנים כתובענה לסילוק יד. ואולם, לסוגיה ברקע הבקשה, שעניינה התיישבותה של הפזורה הבדואית באדמות המדינה המצויות בנגב, חשיבות ורגישות ציבורית, המעסיקה תדיר, ומזה עשרות שנים, את רשויות השלטון ואת החברה הישראלית. יתרה מכך, אף כי המבקשים בבקשה זו הן שתי משפחות, המונות 13 איש מכלל תושבי הכפר בו עסקינן, לפינוי השלכות על מאות תושבים, דבר שכמובן אין להקל בו ראש. ואולם כפי שארחיב, ולאחר בחינת הנושא, לטעמי אין להיעתר לערעור, וזאת – ראשית – משום שבמוקד הבקשה טענות במישורים תכנוניים, שמקומן הטבעי והנכון אינו בהליך זה, והריהן תקיפה עקיפה של החלטות סטטוטוריות של הרשויות אשר נדונו לעומקן; שנית – ובחינת למעלה מן הצורך – סבורני שבנסיבות ענייננו אין לומר כי המשיבה לא פעלה בצורה סבירה ומידתית, ובאופן שאינו עולה בסופו של יום כדי פגיעה בזכויות המבקשים, חרף טענותיהם בהיבט זה.

רקע והליכים קודמים

שבט אבו-אלקיעאן וכפר עתיר/אום-אלחיראן

ג. המבקשים משתייכים כאמור לבני השבט הבדואי אבו-אלקיעאן. קורותיו של השבט בשנים שעד התיישבותו במקרקעין נשוא ענייננו נתונות במחלוקת בין הצדדים. ואולם לפי כולי עלמא, בשנת 1956 ובהוראת המושל הצבאי בנגב, עברו בני השבט לשטח המצוי באזור נחל יתיר, והתחלקו בו לשני מתחמים: מתחם עתיר,

בו מתגוררים המבקש 1 ומשפחתו, ומתחם אום-אלחיראן, בו מתגוררים המבקש 2 ומשפחתו. יצוין כבר כאן, כי לגישת המשיבה, שתי השכונות אינן מהוות כפר אחד, אלא המדובר בשני מתחמים נפרדים בעלי דפוסי התיישבות שונים (מבלי לנקוט עמדה בכך ולשם הנוחיות, בחרתי לכנות את שני המתחמים יחדיו כ"כפר"). באופן דומה נתון במחלוקת גם מספר בני השבט המתגוררים בכפר – לפי המבקשים, כ-1,000 איש, ואילו לעמדת המשיבה כ-750 איש; וכך במחלוקת גם המרחק בין המתחמים – לפי המבקשים, כקילומטר, ולהערכת המשיבה, כשני קילומטר ויותר. אין גם מחלוקת כי מרבית בני השבט עברו לעיירה הבדואית חורה, והנותרים – ובהם המבקשים – הם המיעוט. מכל מקום אין עוררין, כי בתי הכפר מצויים במקרקעין שבבעלות המשיבה, שנרשמו על שמה ביום 9.5.1978, בתום הליכי הסדר על פי פקודת הזכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. נוסף לכך, כלל המבנים בשני המתחמים הוקמו ללא היתרים ובניגוד לדין, ועומדים כנגדם צוי הריסה שהוצאו בשנת 2003 לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. בהקשר זה ולשלמות התמונה יצוין, כי לאחרונה דחה בית משפט זה (רע"פ 3082/14, החלטת השופט א' שהם מיום 14.9.14) בקשות רשות ערעור שהוגשו כנגד צוי ההריסה, וכי ביצוע הצוים עוכב לאחרונה בהחלטתו של בית משפט השלום בקרית גת (תל"פ 2136-09, החלטת סגן הנשיא א' אדם מיום 15.12.14) עד ליום 17.3.15. הכפר אינו מחובר לתשתיות בסיסיות, ותושביו אינם מקבלים בו שירותי רווחה, בריאות וחינוך. במרחק כ-5 ק"מ דרומית-מערבית לכפר, נמצא כאמור הישוב הבדואי חורה, המוכר על ידי הרשויות, והמציע לתושביו ולתושבי האזור את כל השירותים הקהילתיים הללו. כפי שיפורט, החל משנות ה-80 קיימה המשיבה משא ומתן עם תושבי הכפר במטרה לפנות את בתיהם לחורה, ואכן עברו מרביתם לשם, וזאת בתמורה לקבלת מגרש במקום; גם כיום, מציעה המשיבה למבקשים תמורת התפנותם מן הכפר, מגרש בחורה, סיוע בפיתוחו וחיבורו לתשתיות, וכן פיצוי כספי. פירוט ההליכים שיובא להלן יש בו כדי לייגע בשל חזרות הנובעות מריבוי ההליכים, אך ראיתי לנכון להביא את התמונה בשלמותה ככל הניתן.

הליכי התכנון ביחס לכפר

ד. האזור בו מצוי הכפר מוסדר בתכנית המתאר המחוזית במחוז דרום, תמ"מ 14/4 (להלן תכנית המתאר המחוזית). למען הסדר הטוב אתייחס להלן לכל מתחם בנפרד:

מתחם אום-אלחיראן – ההחלטה על הקמתו של הישוב החדש חירן יסודה בהחלטת ממשלה מס' 2265 מיום 21.7.02, שבמסגרתה הוכרז על הקמתם של 14 יישובים חדשים בנגב הצפוני, על בסיס עבודתה של ועדת ההיגוי "מטרופולין באר-שבע". החלטה זו הוטמעה בשינוי מס' 27 לתכנית המתאר המחוזית, הכולל, בין השאר, תכנית מתאר נקודתית להקמת הישוב חירן (תכנית מספר 107/02/15, להלן תכנית המתאר הישובית) שפורסמה למתן תוקף ביום 21.5.03; יצוין, כי הקמתו של חירן גם קודמה כחלק מתכנונו של אשכול יישובים בעלי אופי דומה באזור צומת שוקת, וזאת במסגרת תכנית מתאר תמ"מ 23/14/4, היא תכנית האב "מטרופולין באר-שבע" (להלן מטרופולין באר-שבע) שפורסמה למתן תוקף ביום 8.8.12. התכנית הישובית משתרעת על שטח שמצוי כולו בבעלות המשיבה, ומייעדת להריסה כ-50 מבנים שהוקמו במתחם אום-אלחיראן. ביום 23.4.08 החליטה הועדה המחוזית לתכנון ובניה להפקיד את התכנית הישובית; והמועצה האזורית לתכנון ובניה החליטה ביום 8.12.09 בעניין "הקמת ישוב קהילתי פרברי חדש, חירן, בצפון הנגב מזרחית למיתר". ביום 29.10.10, ולאחר בחינה מחודשת של התכנית נוכח כניסתה לתוקף של "תכנית המתאר הארצית המשולבת לבניה" (תמ"א 35), פורסם דבר הפקדת התכנית. ביום 11.1.11 הגישו מספר תושבי אום-אלחיראן – ובכללם 6 מבנותיו של המבקש 1 – לועדת ההתנגדויות במועצה האזורית את התנגדותם לתכנית, וזו נדחתה בהחלטה מיום 5.12.11. על החלטה זו הוגש ערר לועדת המשנה לעררים במועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן ועדת העררים), אשר נדחה אף הוא בהחלטה מיום 24.9.12, אליה אדרש בהמשך. ביום 24.7.13 הושלם ההליך התכנוני עם פרסום התכנית ברשומות; ראו גם החלטת הממשלה 878 מיום 10.11.13 שכותרתה "קידום הקמת יישוב חדש בנגב - חירן", וזה לשונה:

"בהמשך להחלטת הממשלה מס' 2265 מיום 21.7.2002 ובהתאם להמלצת המועצה האזורית לתכנון ולבנייה מיום 8.12.09 בדבר הקמת יישוב קהילתי פרברי חדש

- בשם "חירן" בצפון הנגב המזרחית למיתר, להטיל על משרד הבינוי והשיכון לפעול להקמת יישוב חדש בנגב - "חירן" כדלקמן:
1. לקדם הקמת יישוב הקבע בראייה כוללת ותוך התייחסות לכלל היבטי הקמת היישוב, בסיוע משרדי הממשלה הרלבנטיים.
 2. להכין תוך 60 יום תוכנית בין-משרדית למימוש הקמת היישוב, תוך תיאום עם תוכנית מבואות ערד.
 3. לפעול באופן מיידי ובהתאם לכל דין על מנת לאפשר קליטה מיידית של גרעין ההתיישבות במקום".

מתחם עתיר – מתחם זה מוסדר במסגרת תכנית "יער יתיר" 264/03/11, שעניינה שטחי יערות ושטחים הקלאיים באזור, לרבות קביעת ייעודם והפעולות המותרות בהם, בהתאם לעקרונות המותווים בתכנית מתאר ארצית (תמ"א) 22. במסגרת זאת, התכנית מייעדת להריסה את בתיהם של בני השבט המצויים במתחם, בהתאם לסיווג המקום כ"אזור נופש מטרופוליני ויער פארק מוצע"; ביום 8.6.09 החליטה ועדת המשנה בועדה המחוזית להפקיד את התכנית בתנאים, והיא אושרה על ידי הועדה לנושאים תכנוניים עקרוניים (הולנת"ע) ביום 12.12.10. עם הפקדת התכנית הוגשו מספר התנגדויות, וביום 10.12.12 הורתה ועדת ההתנגדויות על אישור התכנית בכפוף לעריכת מספר שינויים בה, אך תוך דחיית התנגדותם של תושבי עתיר. ערר שהגישו התושבים נדחה בהחלטת ועדת העררים מיום 20.10.14.

ההליכים בפני בית משפט השלום

ה. באפריל 2004 הגישה המשיבה שתי תביעות לסילוק ידי המבקשים מן המקרקעין וקבלת צו מניעה קבוע – ת"א 3326/04, כנגד המבקש 1, ות"א 3341/03 כנגד המבקש 2; על פי החלטה מיום 20.4.06, ובשל זהות העילות, אוחדו הדיונים בשתי התביעות. המשיבה טענה, כי המבקשים תפסו חזקה במקרקעין שבבעלותה, ואינם בני רשות בהם, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, אלא פלשו אליהם ובנו בהם שלא כדין. כן נטען, כי כבר בשנות ה-80 קיימה המשיבה משא ומתן עם בני השבט לצורך פינויים מן המקרקעין, ומרביתם אכן עברו

בהסכמה להתגורר ביישוב חורה; ועוד, כי פינוי המבקשים אינו מהווה פגיעה בזכותם לדיור שעה שהמשיבה מציעה להם כיום מגורים חלופיים בחורה. בתגובה לתובענה נטען, כי דבר בעלותה של המשיבה במקרקעין נודע למבקשים רק בסמוך להגשת כתב ההגנה מטעמם, וכי התובענה הוגשה בשיהוי ואף התיישנה. לגופם של דברים טענו, כי הם בעלי זכויות במקרקעין, ולחלופין בני רשות בלתי-הדירה בהם, אותה קנו בתמורה. נטען, כי עובר לשנת 1948 התגוררו בני השבט באדמות שבבעלותם באזור "ואדי זובאלה" (המצוי כיום בתחומי קיבוץ שובל), וכי מאז עברו בהוראת המושל הצבאי בנגב 3 פעמים: בשנת 1948, לאזור ח'רבת אלהוזייל; בהמשך – בתאריך שאינו ידוע – לאזור ג'גילי (סמוך לקיבוץ להב); ובשנת 1956, למקרקעין שבמחלוקת. נטען, כי עם מעברם לנחל יתיר, הוחכרו לשייח השבט 7,000 דונם באזור. כן הפנו המבקשים למסמך מיום 28.8.57 (להלן מסמך לובראני) שבו, כך נטען, מציין מר אורי לובראני – היועץ לענייני ערבים בלשכת ראש הממשלה דאז – כי בני השבט הסכימו להעתיק את מקום מגוריהם מאזור בית-קמה-להב לסביבות נחל יתיר, ובתמורה קיבלו זכויות חכירה באדמות מדינה המצויות במקום. כן נטען, כי בני השבט שילמו לרשויות בגין הזכות להתגורר במקום; ועוד, כי ויתורם על זכויותיהם בואדי זובאלה שימש כתמורה בקניית הרשות במקרקעין נשוא ענייננו. עוד טענו המבקשים, כי התנהגות הרשות במשך השנים העידה על הסכמתה למתן רישיון להחזיק במקרקעין, ולמשל, כי תושבי הכפר קיבלו סיוע ממשלתי לשיקום מבנים שנהרסו בשיטפון שאירע באזור בשנת 1997; וכי עד להגשת צו התראה ביולי 2003 והגשת התביעות לסילוק יד, לא ננקטו כנגדם הליכי פינוי או הריסה. כן טענו המבקשים, כי פינויים מן המקרקעין יפגע בזכותם לדיור, וכי תביעות הפינוי נולדו מתוך כוונת המשיבה להקים במקום ישוב יהודי, דבר המהווה הפליה פסולה על רקע לאום, והפוגע בעקרון השוויון.

1. בית משפט השלום קיבל, כאמור, את תביעת המשיבה, תוך שקבע כי היא בעלת המקרקעין; כי תביעתה לא הוגשה בשיהוי, משמרוץ השיהוי מתחיל עם

ההודעה על ביטול רשות השימוש במקרקעין; וכי המבקשים לא הוכיחו רכישת זכויות במקרקעין מכוח התיישנות או חזקה נוגדת, שכן ישיבתם במקום היתה בהסכמת המשיבה, ולא מכוח זכות מוקנית. בהמשך לאמור נקבע – בניגוד לטענת המשיבה – כי המבקשים אינם בחזקת פולשים למקרקעין אלא בני רשות בהם, ואולם כי המדובר ברשות חנם, שלא ניתנה תמורה בגינה, והניתנת לביטול בכל עת. בהקשר זה הוטעם, כי המבקשים לא הוכיחו את זכויותיהם הנטענות במקרקעין בואדי זובאלה. בהמשך לכך נקבע, כי ישיבתם בקרקע ופיתוחה אין בהן כשלעצמן כדי להעיד על רכישת זכויות קנייניות בה; כי מבני המבקשים הוקמו שלא כדין ואינם מזכים אותם בפיצויים כתנאי לפינויים; כי אין בהשקעות תושבי הכפר במקום, או בסיוע הממשלתי שניתן להם כדי להפוך את הרשות לבלתי-הדירה; וכי טענות המבקשים בדבר הפליה ופגיעה בזכויותיהם החוקתיות – אף שהן עשויות להצדיק מתן תרופה בתחומי המשפט החוקתי והמינהלי, בפני הערכאה המתאימה – אינן מבססות זכות במקרקעין ואינן עומדות להם בהליך זה כהגנה מפני תביעת הפינוי. בית המשפט הורה איפוא על סילוק ידי המבקשים מן המקרקעין.

ההליכים בפני בית המשפט המחוזי

ז. בערעורם שבו וטענו המבקשים, כי תביעות הפינוי כנגדם הוגשו כחלק ממהלך כולל, שמטרתו הקמת ישוב יהודי במקום. כן חזרו על קורותיו של בני השבט, תוך שטענו כי הרשות שנתנה להם המשיבה להתיישב במקרקעין ולעבדם מהוה הבטחה שלטונית, שעל בסיסה השקיעו במקום מתוך ציפיה להישאר בהם. לחלופין טענו, כי יש לראות בהם בני רשות בתמורה – רשות בלתי הדירה – במקרקעין, וזאת מן הטעמים שפורטו מעלה. לחילופי חלופין נטען, כי תביעת המשיבה נגועה מעיקרה בחוסר תום לב והפליה פסולה, משהוגשה כאמור במטרה להקים ישוב יהודי. בהמשך לכך נאמר, כי המשיבה לא הרימה את הנטל הרובץ עליה להצביע על אינטרס ציבורי, אשר יש בו כדי להצדיק את פינויים מן המקרקעין בנסיבות. בית המשפט המחוזי דחה את ערעור המבקשים, תוך אימוץ מסקנותיו של בית המשפט השלום; הוטעם, כי המשיבה היא בעלת המקרקעין, וכי אין למבקשים זכות בהם. כן צוין, כי המבקשים לא הגישו תזכיר תביעה בגין המקרקעין או ערעור על רישומם בידי המשיבה. עוד קבע בית המשפט, כי לא

ניתנה למבקשים הבטחה שלטונית ביחס למקרקעין, וכי לא הוכח דבר קיומו של הסכם חכירה בין הצדדים, המעיד על מתן רשות במקרקעין כנגד תמורה. כן נפסק, כי תקיפת תכניות המתאר באמצעות טיעונים מן המישור החוקתי והמינהלי, מקומה בפני ערכאה אחרת, משהליכי הפינוי עוסקים בעניינם הקונקרטי של הצדדים. בנוסף הודגש, כי המשיבה הציעה למבקשים פתרון דיור בדמות קרקע חלופית בישוב חורה. נאמר עם זאת, כי המשיבה התבססה בתביעותיה על עילת פלישה "סטנדרטית", שהציגה את המבקשים כפולשים אשר תפסו חזקה שלא כדין במקרקעין; בעוד שלאמתו של דבר העתיקו את מקום מגוריהם למקרקעין לפני עשרות שנים על פי דרישת הרשויות, וישבו בהם משך שנים ברשות המשיבה, עד שזו החליטה לבטלה.

בקשת רשות הערעור

ח. נטען, ראשית כי הבקשה מעוררת שאלה משפטית כללית המצדיקה התערבות בגלגול שלישי, והיא האם במסגרת הליכי הסילוק, מן הראוי לדון בטענות המבקשים מן המשפט המינהלי והחוקתי, וזאת משום שעסקינן בפנינו ממקרקעי ציבור אליהם הגיעו בדרישת הרשויות, והם מתגוררים בהם משך שנים ברשותה ובהסכמתה של המשיבה; או שמא דינן של טענות אלה להתברר בהליכים אחרים, בעוד על בתי המשפט בהליך זה לדון בסוגיה באופן התחום לעניינם של הצדדים. אשר לכך נטען מטעם המבקשים, כי בענייננו ראוי לדון בסוגיות מן המישור הציבורי, ולא לבחון את המחלוקת אך במישור הפרטי, לפיו בעל מקרקעין שנתן רשות חנינם רשאי בכל עת לשלול אותה. כן נטען, כי ההחלטה לפנות את המבקשים היא החלטה מינהלית, וככזו עליה להיבחן באספקלריה של המשפט החוקתי והמינהלי; ובפרט, כי נעדרת היא תשתית עובדתית רלבנטית, משהתקבלה מתוך מטרה להקים ישוב יהודי במקום. לגופם של דברים חזרו המבקשים וטענו, כי הם בני רשות בתמורה במקרקעין, וכי השקעתם בהם מהווה תמורה בפני עצמה. בהקשר זה נטען, כי אי-חוקיות הבניה אינה גורעת מן האמור, שכן בני השבט הועברו למקום על ידי הרשויות, ולא נותרה להם ברירה אלא להכשירו למגורים. עוד טענו המבקשים, כי יש לבחון את החלטת המשיבה לפנותם לפי העקרונות של השתחררות המדינה מהתקשרות חוזית, ובהתאם לכך, עליה להצדיק השתחררות זו

בטעמים ציבוריים. נטען בנוסף, כי אף אם רשות המבקשים במקרקעין היא הדירה, אין לאפשר למשיבה לבטלה, וזאת משיקולי צדק; שכן המבקשים מתגוררים במקום שנים רבות בדרישת הרשויות, ופינוים יגרום להם נזק נפשי וכלכלי משמעותי.

ט. לבסוף טענו המבקשים, כי פינוים לשם הקמתו של חירן מהוה הפליה פסולה ופוגע בזכותם לשוויון, לקניין ולכבוד. נטען, כי היה על המשיבה לכלול את בתיהם בתכנון הישוב, וכי החלטתה פוגעת בשוויון הנדרש בהקצאת משאבי קרקע, ואינה מביאה בחשבון את זכויותיהם כילידים. טענת המבקשים לפגיעה בזכותם לקניין בוססה על השקעתם בקרקע, וטענתם לפגיעה בזכותם לכבוד – על מרקם החיים הייחודי שיצרו במשך שנים בכפר. בהמשך לכך נטען, כי פגיעות אלה אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה, שכן הפינוי אינו לתכלית ראויה; כי החלטת המשיבה אינה עומדת במבחני המידתיות, שכן ככל שמטרת הפינוי היא פיתוח המקרקעין למגורים, ניתן להשיגה גם ללא הפינוי; וכי הפינוי הוא האמצעי שפגיעתו הקשה ביותר, ביחוד נוכח האפשרות להכשיר את הבניה בכפר במסגרת תכניות המתאר.

תגובת המשיבה לבקשה

י. בתגובה לבקשה נטען, כי אינה מעוררת שאלה משפטית בעלת השלכות ציבוריות, אלא נסבה על עניינם הקונקרטי של הצדדים ומופנית בעיקרה כנגד קביעות שבעובדה. באופן כללי נטען, כי בכל הקשור לפינוי המבקשים פעלה המשיבה בהתחשבות ובמידתיות – החל ממתן רשות חינם במקרקעין, דרך המשא והמתן שניהלה עם בני השבט, וכלה בפתרון הדיור שהציעה אז וגם כיום לתושבי הכפר – ובאופן שאינו עולה כדי חריגה מן הפעילות המינהלית התקינה או כורך פגיעה בזכויות. בפרט נטען, כי דבר בעלותה של המשיבה במקרקעין אינו במחלוקת, וכי לעמדת המבקשים, שלפיה נקנתה רשות בתמורה, אין בסיס שכן לא הוכיחו את זכויותיהם הנטענות בואדי זובאלה. אשר לסיווג הרשות שניתנה נטען, כי זו ניתנה בחינם וניתנת לביטול בכל עת, וכי השקעת המבקשים במקום – שנעשתה בלא אישור המשיבה ושלא כדין – אין בה כדי להפכה לבלתי-הדירה. כן חזרה וציינה המשיבה, כי כבר במהלך שנות ה-80 קיימה משא ומתן עם בני השבט לפינוים מן המקרקעין, וכי אין ממש בטענות המבקשים, שלפיהן ניתנה הבטחה

שלטונית ביחס למקרקעין, או כי נוצר בהתנהלותה מצג שלפיו יוכלו להישאר בהם לתקופת זמן בלתי-מוגבלת. לעניין זה הוסיפה, כי הסיוע שקיבל השבט מידי הרשויות ניתן מתוך רצון טוב, ואין בו לבסס הסכמה לישיבת קבע במקום. עוד נטען, כי למבקשים היתה שהות ארוכה ביותר להיערך לפינוי, תוך שהוצע להם פתרון דיור חלופי בחורה, אשר באמצעותו ניתן היה להימנע מכל פגיעה נטענת; וכי נוכח הפתרון האמור, טענות המבקשים בדבר הותרתם ללא קורת גג נטענו ללא בסיס. לבסוף נאמר, כי אין ממש בטענות המבקשים בדבר פגיעה בזכויות יסוד וחוסר תום לב, שכן המשיבה פועלת להקים ישובים בעבור הפזורה הבדואית – וביניהם חורה – המחוברים לתשתיות בסיסיות ומוכרים על ידי שירותי הרווחה, וזאת תחת כפרים לא מוכרים, דוגמת עתיר/אום-אלחיראן; וכי פעולות המשיבה אינן עולות כדי הפליה, וביחוד לנוכח נכונותה לספק למבקשים פתרון דיור חלופי כאמור.

הודעת עדכון מטעם המשיבה מיום 22.10.13 – החלטת ועדת העררים

יא. במקביל להליכים אלה, הושלמו הליכי התכנון ביחס למקרקעין. בהתאם לכך, הגישה המשיבה לעיוננו את החלטת ועדת העררים מיום 24.9.12, שבמסגרתה נדחה ערר אשר הוגש על ידי 64 מתושבי אום-אלחיראן ביחס לתכנון היישוב חירן. החלטת ועדת העררים סקרה תחילה את החלטת ועדת ההתנגדויות מיום 5.12.11, שבה נקבע, בין היתר, כי ההתיישבות המוקדמת של בני השבט התרחשה דווקא במתחם עתיר, בעוד עיון בתצלומי אויר מעלה כי לעת תחילת התכנון לא היו באזור אום-אלחיראן מבנים, וההתפשטות במקום אירעה בשנים האחרונות תוך ניסיון "לקבוע עובדות בשטח"; כי המתנגדים – שבשלב זה התנגדו לתכנית המפורטת להקמת חירן – לא הגישו כל התנגדות לשינוי 27 בתכנית המתאר המחוזית, דבר שהודגש על רקע העובדה, כי השינוי כלל גם תכנית פרטנית להקמת ישוב אחר בשם "עומרית", וזה לא הוקם בשל התנגדות שהוגשה באותו שלב מוקדם; וכי מרבית בני השבט עברו להתגורר בישוב חורה, פתרון הזמין אף כיום לבני השבט הנותרים באום-אלחיראן. בערר שהוגש נטען, כי אישור התכנית משמעה הקמת ישוב יהודי על חשבון אוכלוסיה בדואית, באופן המיישם מדיניות

הפליה והפרדה במגורים. כן נטען, כי ההחלטה מנוגדת לעקרונות המשפט המינהלי, המחייבים את הרשות לפעול בהגינות וביעילות תוך קידום אינטרסים של כלל הציבור, וכי רשויות התכנון התעלמו מן המצב בשטח משלא שקלו לכלול את בתי הכפר בתוך התכנית הישובית. עוד נטען, כי ביצוע התכנית מהווה פגיעה בשוויון, בזכות לקניין ובזכות לכבוד לרבות הזכות לדיור, פגיעה בלתי-מידתית שאינה לתכלית ראויה. לסיכום נטען, כי החלטת הועדה מבטאת נדבך נוסף במדיניות ההפליה בהקצאת משאבים לצרכי מגורים של האוכלוסייה הבדואית בנגב.

יב. בהחלטת ועדת העררים נאמר, ראשית, כי אין ניתן באמצעות תקיפת החלטותיהם של מוסדות התכנון להשיג על עצם הקמתו של הישוב חירן, וכי היה על המבקשים להתנגד להחלטת הממשלה שמכוחה התקבלו החלטות אלה; ועוד, כי בשלב מפורט זה של התכנון, אין מקום לתקיפת ההחלטה שלא להקים במתחם ישוב לפזורה הבדואית. בהקשר זה צוין, כי המלצת החוקרת שמונתה לשמיעת התנגדויות לתכנית היתה, שלא להסדיר את ההתיישבות הקיימת באום-אלחיראן, וזאת בין היתר כיון שהישוב חורה מספק את הפתרון התכנוני היעודי לבני השבט. בהמשך נאמר, כי התכנית אינה מיועדת להקמת ישוב ליהודים בלבד, וכי מדיניות הקמת ישובים לפזורה הבדואית לצד הקמת ישובים לאוכלוסייה הכללית אינה מהווה הפליה, ואף מביאה בחשבון את צרכי הבדואים. הוטעם, כי מזה שנים מקימה הממשלה ישובים יעודיים לבדואים על יסוד הבנת צרכיהם היחודיים; וכי לצד זאת, קיים גם הצורך להקים ישובים באזור לאוכלוסייה הכללית. בהמשך נאמר, כי העוררים יוכלו, ככל שיחפצו בכך, לרכוש מגרש בישוב. אף נאמר, כי פתוחה הדרך בפניהם להגיש תכנית מפורטת – וזאת על דעת המשיבה כבעלת השטח – כך שתוכל לתת מענה הולם לצרכי המגורים שלהם, וכי תכנית זו תידון תוך תקופה קצרה. כן צוין, כי נציגי הועדה המחוזית לא ראו "קושי של ממש", ברמה העקרונית, להכליל את בתי העוררים בתכנית, אך כי אין הדבר אפשרי נוכח התנגדות המינהל; בהקשר זה נאמר, כי יש להעניק משקל לעקרון ההגנה על שלטון החוק בהחלטת מוסד התכנון אם להכשיר בניה לא חוקית, ואין לכפות על בעל המקרקעין להסדיר בניה בלתי חוקית בהם, ביחוד שעה שבניה זו נעשתה על ידי מי שאין לו זכויות בקרקע. כן צוין, כי בעת שהחל ההליך התכנוני, היו במתחם אום-אלחיראן בתים ספורים מפח, ומסת המגורים במקום נוצרה רק בשנים האחרונות.

אשר לטענות ההפליה והקיפוח, סקרה הועדה בהרחבה את מהלכי הממשלה ואת המשאבים שהוקצו להסדרת התיישבותם של בני הפזורה בנגב, תוך הדגשת המדיניות המעדיפה והמיטיבה הנוהגת כלפיהם. בפרט צוין, כי הושקעו משאבים רבים ביישובם של בני השבט אלקיעאן, ובכלל זה בפיתוח הישוב חורה לשם קליטתם.

הדיון הראשון מיום 20.11.13

יג. בדיון חזרו באי כוח המבקשים על טענתם, כי על המשיבה, המפעילה בהחלטותיה סמכות מינהלית, לספק הצדקה עניינית להחלטת הפינוי; נטען, כי בנסיבות ענייננו, כאשר המבקשים הסתמכו על פעולות המשיבה, על בית המשפט להתייחס לטענותיהם במישור המנהלי והחוקתי, ולא להפנותם להגשת עתירה כנגד הליכי התכנון. בהמשך לכך נטען, כי המבקשים מודעים היו לקיומה של התכנית להקמתו של חירן, אך לא לעובדה שבתייהם לא נכללו בתכנון; וכי לא הוגשה מצדם התנגדות במסגרת הליכי התכנון, שכן רק בהליך בפני בית משפט השלום גילתה המשיבה דעתה, כי הישוב חירן מתוכנן בעבור אוכלוסייה יהודית. בא כוח המשיבה ציין, כי החוקרת אכן המליצה תחילה על הקמת ישוב בדואי במתחם עתיר, שאליו יוכלו לעבור תושבי אום-אלחיראן, אך המלצה זו נדחתה משיקולים תכנוניים שונים. כן הודגש, כי הישוב חירן מתוכנן בעבור האוכלוסייה הכללית ולא דווקא זו היהודית, וכל החפץ בכך רשאי להתגורר במקום על ידי קניית מגרש. בהקשר זה צוין, כי בתכנון יישובים לפזורה הבדואית נלקחים בחשבון דפוסי חייהם, מה שאינו מתאפשר בתכנונם של ישובים כלליים (כך למשל, באשר לגודלו הממוצע של מגרש). בא כוח המשיבה הטעים, כי יתכן שניתן יהיה לאפשר שינוי תכנוני אשר יתאים לחלק מן המבקשים להתגורר בחירן, ואולם הישוב אינו מוגדר כבדואי, אלא ככללי. לבסוף טען, כי תביעות הפינוי כלל לא נחתו על המבקשים "כרעם ביום בהיר"; כי הליכי התכנון לא נתקפו על ידי המבקשים, הן בפני גופי התכנון והן בעתירה לבג"ץ; ומכל מקום, ההליך התכנוני ביחס לאום-אלחיראן הסתיים עם מתן החלטתה של ועדת העררים. בתום הדיון ניתנה החלטה, על פיה עוכב ביצועו של פסק הדין נשוא הבקשה עד להכרעה בה; כן ניתנה לצדדים הרשות להגיש מסמכים משלימים.

הודעת עדכון מטעם המבקשים מיום 22.12.13

יד. בהודעה נטען, כי אין מניעה תכנונית להכיר באום-אלחיראן במסגרת תכנית המתאר. כן נטען – וזאת על סמך דברים שנאמרו, לפי הטענה, במסגרת הדיון בפנינו – כי לעמדת המשיבה חירן אינו מיועד לאזרחים בדואים, ומשכך שיוכם התרבותי של המבקשים מהוה טעם עיקרי לאי-הכללתם בתכנונו. בהקשר זה צוין, כי בשנת 2012 הוקם בסמוך לאום-אלחיראן גרעין ההתיישבות "חירן", המורכב ממשפחות יהודיות שממתינות להתגורר בישוב לכשיוקם. עוד נטען, כי המשיבה לא בחנה האם ניתן להכשיר את הבתים במתחם עתיר, וכי ביטול ההחלטה לאמץ את המלצת החוקרת התקבל על יסוד שיקולים זרים.

תגובת המשיבה מיום 14.1.14

טו. בתגובה נאמר, כי טענות המבקשים כנגד תכניות המתאר מקומן במסגרת הליכי התכנון, תוך שהודגש בשנית כי המבקשים אף לא עתרו לבג"ץ בנושא. כן הוטעם, כי התכנית הישובית מייצגת את האזור להקמת ישוב כללי, ומשכך לא ניתן להכשיר במסגרתה את מתחם אום-אלחיראן. עוד טענה המשיבה, כי השכונות עתיר ואום-אלחיראן כלל אינן מהוות כפר אחד, אלא המדובר בשני מתחמים נפרדים בעלי אופי התישבותי שונה; נאמר, כי החוקרת ציינה במפורש שמתחם אום-אלחיראן איננו מתאים מבחינה תכנונית להקמת ישוב בדואי, וזאת בשונה מהמלצתה בנוגע למתחם עתיר. בהקשר זה ציינה המשיבה, כי המלצת החוקרת בנוגע למתחם עתיר לא היתה להכיר בו כישוב או להקים ישוב במקום, כי אם לקבעו כאזור בו ניתן יהיה בעתיד לתכנן ישוב; וכי החלטתה הסופית של הועדה המחוזית שלא לאמץ המלצה זו נבעה משיקולים תכנוניים ענייניים וראיה רחבה, ובעיקר בשל הצורך להמשיך ולבסס את מעמדו של הישוב חורה ולנצל את המשאבים הרבים שהושקעו בו, בדרך של בניית שכונות בעבור תושבי הכפר. עוד נטען, כי לעולם לא נאמר על ידי המשיבה שהישוב חירן אינו מיועד לאזרחים בדואים, אלא מתוכנן במקום ישוב כללי שכל אדם יוכל להתגורר בו, להבדיל מישוב המתוכנן באופן פרטני לפזורה הבדואית.

6.3.14 השלמת טיעון מטעם המבקשים מיום

טז. ביחס למתחם אום-אלחיראן טענו המבקשים, כי החלטת הפינוי התקבלה במטרה לישיב במקום אוכלוסיה אחרת, וכי שיוכם התרבותי הוא שעומד בבסיסה. לחיזוק הטענה הובאו דברי המשיבה, שלפיהם הישוב החדש אינו מתאים לבדואים, אף כי הם רשאים להתגורר בו. ביחס לעתיר נטען, כי יעוד המקום כיער פארק למרעה איננו מצדיק את פינוי תושביו, וכי המשיבה כלל לא בחנה אפשרות תכנונית להכשרת השכונה. כן נטען, כי המשיבה לא הצביעה על הצדקה ציבורית לביטול רשותם, וזאת בייחוד שעה שאין כל מניעה תכנונית לכלול את תושבי הכפר בתכנית; כי החלטתה התבססה על היות המבקשים פולשים לקרקע, בניגוד לעובדות; כי הפינוי פוגע בזכות המבקשים לכבוד, לשויון ולקניין כאמור, ומהווה חלוקה בלתי צודקת של משאבי קרקע באזור; וכי הפגיעות האמורות אינן מידתיות ואינן לתכלית ראויה.

דיון תזכורת מיום 10.6.14

יז. בהחלטה מיום 27.4.14, הורינו על קיומו של דיון תזכורת בטרם יינתן פסק דין; בפתח הדיון שאלנו את בא כוח המשיבה, האם ניתן לשלב את בתי המבקשים בתכנית המתאר הישובית, ובדרך זו להגיע לידי פתרון מעשי; נענינו, כי התכנית מצויה ברמת פירוט באופן שאינו מאפשר כיום לסטות הימנה. בא כוח המבקשים טען מצדו, כי הגם שמדובר בתכנית מתאר מפורטת, ניתן לבצע בה שינויים גם כיום, ככל שנכונה המשיבה לאפשר זאת; כי האינטרס הציבורי מחייב לשקול בראש וראשונה את שילובו של המצב הקיים בתכנון האזור; וכי אין להיתלות בכך שכבר הוכנו תכניות מפורטות שעה שביצוע התכנית במתכונתה הנוכחית נעשה, לפי הטענה, שלא לתכלית ראויה. בתום הדיון הורינו למשיבה להגיש התייחסותה לאפשרות שילובם של בתי המבקשים בתכנונו של חירן, וזאת לאחר שיקיימו הצדדים פגישה משותפת בנושא.

הודעת עדכון מטעם המשיבה מיום 5.10.14

יח. המשיבה הודיעה, כי הצדדים נפגשו ביניהם אך לא הגיעו לידי הסכמה. נטען, כי בתי המבקשים נבנו שלא כדין, ואין אפשרות להותירם על כנם. כן נאמר, כי המבקשים יוכלו להתגורר בישוב חירן ככל אזרח אחר, בהתאם לכללים הקבועים לכך. עוד טענה המשיבה, כי מקומן של טענות כנגד החלטות הממשלה, תכנית המתאר המחוזית ותכנית המתאר הישובית, אינו בהליך הנוכחי, וזאת ביתר שאת כאשר עברה התכנית את כל שלבי התכנון, לרבות אישור סופי. כן הוסיפה וטענה, כי בהגיע בני השבט לאזור, התיישבו תחילה במתחם עתיר, וכי עיקרה של ההתיישבות במתחם אום-אלחיראן נעשתה אך בשנים האחרונות וללא רשות לכך; עוד נאמר, כי המשיבה פועלת משנות ה-80 להסדרת ישובם של בני השבט חורה, וזאת מתוך שיקולים שיסודם באופן פיזור האוכלוסייה, ובין היתר בכך שניתן לספק שירות טוב יותר לריכוזי אוכלוסייה גדולים. במישור המעשי נטען, כי המבנים במקום אינם תואמים את תכנית המתאר; ובמישור העקרוני, כי אין ברצון המשיבה להקים בתחומי הישוב שכונה בדואית נפרדת, באופן שיפגע באופיו הכללי של הישוב. כן הובהר, כי אין מניעה פורמלית לשלב בתים הנמצאים בתחומי הישוב בדרך של שינוי התכנית; אלא, שבענייננו אין זה ראוי להכשיר את בתי המבקשים, אשר נבנו שלא כדין. לבסוף הודגש, כי מי מבין המבקשים שיבקש להתגורר בישוב, לא ימנע הדבר את הריסת ביתו, וכי ההטבות הניתנות בהסדרת התיישבותו של אזרח בדואי לא יינתנו לו במסגרת קליטתו בישוב חירן, בהיותו ישוב כללי; ואולם, כי קיימת האפשרות שגם במקרה כזה יינתן לאותו תושב פיצוי כנגד הריסת ביתו, לפנים משורת הדין ובכפוף לאישור ועדת הפשרות של המשיבה.

תגובה והודעת עדכון מטעם המבקשים מיום 16.11.14

יט. בתגובת המבקשים נמסר, כי נציגי המבקשים הציעו לפנות לגורמים מקצועיים כדי לערוך חלופה תכנונית שתאפשר הקמת ישוב חדש, הכוללת בה את שילובם של בתי הכפר, וכי המשיבה מצדה לא הציעה חלופות לפינוי המבקשים, ואף הבהירה כי אין מקום להקמת שכונה בדואית בחירן. בהמשך לכך נטען, כי אין לאפשר את פינוי המבקשים, המתגוררים במקום כבני רשות מזה כ-60 שנה, וזאת מתוך כוונה להקים באום-אלחיראן ישוב ללא בדואים, ולייעד את השטח בעתיר

כיער פארק. הוטעם, כי בני השבט הוכרו כבני רשות במקרקעין, דבר היוצר הבחנה ביניהם לבין בני פזורה אחרים המוחזקים כפולשים; וכי יש לדחות את נסיונות המשיבה לערער על קביעה זו. לבסוף טענו המבקשים, כי עניינה של הבקשה אינו השגה על הליכי התכנון, אלא בחינת חוקיותה וסבירותה של ההחלטה המינהלית לפנותם; כי לא הלינו על החלטת הממשלה או תכניות המתאר, משום שלא נקבע בהם במפורש כי הישוב חירן מתוכנן כישוב "יהודי" שלא יכלול את בתיהם; וכי בנסיבות המקרה, קיומם של בתי המבקשים – אף כי הוקמו ללא היתר לכך – פועל דווקא לטובת ההכרה בהם והסדרתם כדי למנוע פינוי שלא לצורך.

הכרעה

כ. כאמור מעלה ברישה, אציע לחבריי לפעול לפי סמכותנו בתקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי ולדון בבקשת רשות הערעור כבערעור, אך שלא להיעתר לו. יודגש בשנית, כי בחינה "שגרתית" של הבקשה – דהיינו, בראי ההלכות המקובלות באשר להליכי סילוק יד, ונוכח עובדות המקרה כפי שנקבעו בערכאות הקודמות – איננה מעוררת כשלעצמה שאלה משפטית עקרונית המצדיקה מתן רשות ערעור. כפי שפורט בהרחבה, המשיבה היא בעלת המקרקעין שבמחלוקת, שנרשמו על שמה במסגרת הליכי הסדר; המבקשים לא קנו זכות במקרקעין אלא ישבו בהם כבני רשות חנם, שבוטלה כדין על ידי המשיבה. במצב דברים זה, אין הצדקה להתערבות בפסקי דינם של בתי המשפט הקודמים. כאמור, נוכח הסוגיה הכללית שברקע הבקשה – ומשעסקינן בפינויים של רבים ממקום מגוריהם הקיים – ראיתי לנכון להציע מתן רשות ערעור ולהתייחס בפירוט לטענות המבקשים. אין לכחד, כי הנושא דנא נכרך בסוגיה הכללית של ההסדרים עם הבדואים בנגב, השנוי במחלוקות ציבוריות ומצוי על האבניים בממשלה ובכנסת, ועל כן נגדש אולם בית המשפט לא רק בבדואים מן הנגב, אלא גם בחברי כנסת רבים, כמעט כולם מן הציבור הערבי. אכן, סוגיית הקרקעות בנגב וזכויות המדינה מזה וזכויות האזרחים הבדואים מזה, היא מן הקשות המאתגרות את מערכת הממשל, ומעורבת ברגשות טעונים ובויכוחים פוליטיים; אך נאמר כבר כאן, כי

הכרעתנו תחומה לתיק שלפנינו. אף שאין עינינו ואזנינו אטומות לסוגיות הציבוריות, הסוגיות הללו חורגות ככלל מתיק זה לעבר ויכוח על המצב בנגב, הבניה הבלתי חוקית המסיבית בו מזה, שאין הנוסע בדרכי הנגב יכול שלא להבחין בה, ושגדלה כפורחת, והנסיונות הרבים להסדרה תוך משא ומתן מזה, שחלקם יתואר להלן. בנשימה אחת נאמר, שברי כי כאשר מדובר בפינוי מי שיושבים בשטח שנים רבות, אין המדובר לא בגירוש ולא בהפקרה, אלא הפינוי המוצע כרוך בהצעות שונות של מעבר, בינוי, פיצוי, ואפשרות מגורים, אם בעיירה חורה אליה עברו מרבית יושבי הכפרים הלא חוקיים בהם מדובר, ואם בישוב חירן העומד לקום, בתנאי רכישה "כלליים" אך תוך פיצוי, ככל הנראה, על השקעות בבניה (אף שזו היתה לא חוקית), בשל הותק.

במישור המשפטי סבורני כי אין להיעתר לטענות המבקשים, בשל שני אלה: ראשית, טענותיהם בהליך זה למעשה אינן נוגעות בסוגיית הבעלות על הקרקע או סיווג הרשות בה, אלא מופנות כנגד תכנונו של היישוב חירן ובאופן רחב יותר – באמצעות אותן השגות תכנוניות – נגד החלטת הממשלה להקים את היישוב חירן, ואף מדיניותה בסוגיית הסדרתה של ההתיישבות הבדואית בנגב. טענות אלה מהוות תקיפה עקיפה של החלטות הרשויות, שהיה על המבקשים להעלותן במסגרות דיוניות אחרות. שנית, אין נראה כי פעולות המשיבה אינן עולות בקנה אחד עם החובות המוטלות על הרשות המינהלית; הן אינן כרוכות בפגיעה בזכויות משפטיות של המבקשים, ומכל מקום אפילו היתה פגיעה – היתה מידתית.

הסוגיה שברקע – הסדרת התיישבותם של בני הפזורה הבדואית בנגב

כא. נשוב ונטעים: הבקשה שבפנינו מבקשת לגלגל לפתחנו בתיק זה, פעם נוספת, סוגיה חברתית-משפטית-פוליטית מורכבת ורגישה שטרם באה על פתרונה המלא, והיא הסדרת השאלות הכרוכות בהתיישבותם של בני הפזורה הבדואית באדמות הנגב. הנושא עמד זה מכבר במוקדן של עתירות ותביעות רבות (ראו בעשור האחרון, בין היתר, בג"ץ 8062/05 אל אטרש נ' שר הבריאות (2005), עתירה לחייב את הרשות לחבר בית בכפר לא מוכר לרשת החשמל הארצית; ע"א 9535/06 אבו מסעאד נ' נציב המים (2011) (להלן עניין אבו מסעאד), תביעה לחיוב הרשויות בהתקנת נקודות חיבור למים בעבור בני הפזורה; בג"ץ 8211/08 אבו

מסעאד נ' שר הבריאות (2011), עתירה להקמת מרפאה בכפר בדואי לא מוכר; בג"ץ 4714/12 חמיד נ' שר הפנים (2012), עתירה לאפשר לתושבי הפזורה לבחור ולהיבחר בבחירות המוניציפליות במועצות האזוריות בקרבת מקום התיישבותם; וראו לאחרונה בנושא אכיפתה של הבטחה מינהלית בקשר לפינוי מקרקעין באזור הנגב ע"א 4228/11 מנצור נ' מדינת ישראל (15.12.14); סוגיה זו אף מונחת כיום בבסיסן של עתירות התלויות ועומדות בבית משפט זה (כך למשל, בג"ץ 1705/14 עפאש נ' המועצה האזורית לתכנון ובניה, עתירה המכוונת כנגד תכנית מתאר שביצועה כרוך בפינוי כפר בדואי לא-מוכר ושמך "ואדי אל-נעם"; בג"ץ 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל, שעניינו פינויים של תושבי הכפר אל-עראקיב, הסמוך לישוב "גבעות-בר").

כב. להמחשת המורכבות המשפטית בסוגיה זו, ראיתי להביא מתוך החלטת ועדת העררים מיום 24.9.12, שהשכילה לתאר זאת כך:

"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 והתפזרותה על שטחים נרחבים ... בשל היעדר ההתיישבויות הלא מוכרות לתשתיות; ועוד ועוד" (פסקה 110 להחלטה).

כן ראו דברי הנשיא (בדימוס) א' גרוניס בעע"מ 2219/10 יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה אבו בסמה נ' עמותת רגבים (2013), שנאמרו בהקשר מפורש של תכנון ובניה בנגב:

"כפי שצוין, הסוגיה של התיישבות ובניה בפזורה הבדואית בנגב היא בעלת מורכבות חברתית ומשפטית מן המעלה הראשונה. המורכבות מתבטאת בהיבטים רבים, השלובים זה בזה, וכיניהם: הקושי בקביעת מדיניות תכנונית; המחלוקות המשפטיות וההיסטוריות בדבר בעלות בקרקעות; התמודדות עם המציאות התכנונית השוררת בפועל; חֶסֶר בתכניות סטטוטוריות;

קשיים באכיפת דיני התכנון והבניה ואכיפה מעטה; משאבים מועטים המוקצים לאכיפה. ניתן להכליל ולומר כי המורכבות היא גדולה אף בהשוואה לסוגיות תכנון ובניה המתעוררות באזורים אחרים בשטחי מדינת ישראל" (פסקה 13 לפסק הדין).

כללם של דברים: המקרה שבפנינו מתאפיין במובהק במורכבות שתוארה מעלה – עסקינן בשבט בדואי, שעבר לפני כשישה עשורים, על פי הנחיות הרשויות, לאזור שבמחלוקת; על פי דיני הקניין במשפטנו, לא רכשו בני השבט זכויות בעלות במקום אף שישבו בו ברשות; הם בנו במקום בניה נרחבת ללא היתרים, וזו אינה חוקית; בני השבט ברובם עברו לחורה – יישוב בדואי, המוסדר ומחובר לתשתיות – והנותרים נתבעים להתפנות מבתיהם, תוך שמוצע להם לעבור לחורה; זאת במסגרת הפתרון המערכתי הכולל שגיבשו הרשויות, וכחלק מתכנית להקמת יישוב אחר במקום, בעל אופי כללי.

כג. לא נעסוק במדיניות הממשלה בסוגיית התיישבותה של הפזורה הבדואית, שאינה עומדת בפנינו לביקורת בהליך זה. לפרשת הבדוים בנגב כולה היסטוריה מורכבת; ראו מאמרו המעניין של חנינא פורת, "מדיניות הפיתוח ושאלת הבדוים בנגב בשנותיה הראשונות של המדינה, 1948-1953", עיונים בתקומת ישראל 7 (תשנ"ז-1997), 389, ובו תיאור המורכבות ביחסים, וראו במיוחד בעמ' 438-436, והבעיות המתוארות מזכירות מאוד את ימינו. ההתמודדות עם שאלת הקרקעות, עיבודן והזכויות בהן לגבי אוכלוסיה נודדת, כפי שהיו הבדואים, העסיקה איפוא את המדינה מראשיתה; על תקופת המנדט ורכישת קרקעות להתיישבות יהודית ראו ח' פורת מישימון לארץ נושבת, רכישת קרקעות והתיישבות בנגב 1930-1947 (תשנ"ו-1996); על המצב המשפטי ראו שם, פרק ראשון, בעמ' 1-18; עוד ראו מאמרה של חבצלת יהל, "Land Disputes Between the Havatzelet Yahel, R. Kark & S.J. Frantz, "Fabricating Palestinian History: Are the Negev Bedouin an Indigenous People?" Middle East Quarterly (Summer 2012), 3 H. Negev Bedouin and Israel", ISRAEL STUDIES 11(2) (2006), 1-22; וכך מאמרם של זנדברג, מקרקעי ישראל, ציונות ופוסט ציונות (תשס"ז-2007), 143, המציין כי קרקעות הנגב ברובן הן קרקעות מואת. לפי סעיף 6 לחוק הקרקעות העותמאני מ-1858 מואת ("מתה") היא קרקע "שאינה מוחזקת בידי איש ולא הוקצתה לשימוש

הציבור ולא הונחלה לבני איזה כפר. לקרקע כזו נחשבת קרקע הרחוקה מן הכפר או מן העיר במידה כזו, שהקול הרם ביותר שמשמיע אדם מן המקום המיושב הקרוב ביותר, לא יישמע שם, ושיעורו של מרחק כזה הוא מיל וחצי או כדי הליכה במשך חצי שעה"; ראו פ' אלבק ור' פליישר, דיני מקרקעין בישראל (תשס"ה-2005), 86; ראו לסקירה רחבת מ' דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל, תשי"ג-1952, 47-50.

עם זאת, לשלמות התמונה ולהבנת המאטריה בה עסקינן, להלן סקירה קצרה של המהלכים בהם נקטה הממשלה בנושא בעשור האחרון: ביום 29.9.03 הכריזה הממשלה, במסגרת החלטה מס' 881, על תכנית מקיפה לפתרון בעיית הכפרים הלא-מוכרים, שבמסגרתה הוכרו שבעה ישובים בדואיים חדשים, אשר נכללו כולם תחת מועצה מקומית חדשה המכונה "אבו-בסמה" (למען שלמות התמונה יוער, כי מאז פורקה מועצה זו, במסגרת החלטתו של שר הפנים דאז אלי ישי מיום 5.11.12, ופוצלה לשתי מועצות אזוריות, "נווה מדבר" ו"אל קסום"); בהמשך לכך, בתאריך 15.7.07 התקבלה החלטת ממשלה מס' 1999, במסגרתה הוחלט על הקמת הרשות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב, וכן הוטל על שר השיכון והבינוי למנות ועדה ציבורית שתבחן את הסוגיה, ותגיש המלצותיה בנושא. בהתאם לכך, ובהחלטת ממשלה מס' 2491 מיום 28.10.07, הוקמה ועדה בראשות השופט בדימוס של בית משפט זה א' גולדברג (להלן ועדת גולדברג), לשעבר מבקר המדינה. המלצות הועדה הוגשו לשר הבינוי והשיכון ביום 11.12.08, ועיקרן הצעה לגיבוש מדיניות שתביא בחשבון מזה – את תביעות האוכלוסיה הבדואית לזכויות בקרקע, ומזה – את צרכי המדינה ומשאביה, ובדגש על כך שתהא בת יישום תוך תקופה קצרה. דוח הועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב (ועדת גולדברג) כולל רקע רחב באשר לתולדות הנושא, וגם עמדות שונות של חברי הועדה שבתוכן הסתייגויות. ביום 18.01.09, במסגרת החלטת ממשלה מס' 4411, נקבע כי המלצות הדו"ח יהוו בסיס להסדרת התיישבות הבדואים בנגב, ומונה צוות ליישום, בראשות אהוד פראוור ממשד ראש הממשלה; בתום כשנתיים, ביום 31.5.11, פורסם דו"ח צוות היישום (להלן דו"ח פראוור), שבו הומלץ על מתווה אשר ייושם בלוח זמנים מוגדר והכולל, בין היתר ובעיקר: מתן תמורות לתביעות הבעלות של בני הפזורה, תכנון מקיף של הסדרת ההתיישבות הבדואית בפזורה

במסגרת תכנית מטרופולין באר-שבע, אכיפה מוגברת כנגד הבניה הבלתי חוקית, ותכנית לקידום פיתוחה וצמיחתה הכלכלית של הפזורה. בהמשך לכך, בהחלטת ממשלה מס' 3703 מיום 11.9.11, הוחלט על יישום המלצות דו"ח פראוור, יחד עם פרסום תזכיר חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, הנשען על המתוה המוצע בו; כן הוחלט על קיומו של הליך הקשבה לבני הפזורה, אשר מסקנותיו יוטמעו בתזכיר החוק. בהתאם לכך, ועל פי החלטת ממשלה מס' 5345 מיום 27.1.13, המסקנות שהתגבשו בסיום הליך ההקשבה (להלן דו"ח בגין, על שם השר לשעבר זאב בנימין בגין שהוביל מהלך זה) הוטמעו בהצעת חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013 (הצעות חוק הממשלה 761 (27.5.2013)), שעברה בקריאה ראשונה ביום 24.6.13 (לביקורת ראו ר' לוין-שנור, תכנית ההתנתקות בנגב: על הצעת החוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, דצמבר 2013)); אך הליכי החקיקה לגבי ההצעה הוקפאו לפי שעה, ונומק כי הדבר בא כדי לאפשר הידברות נוספת.

כד. כמתואר, הושקעו עד עתה משאבים רבים לגיבושו וקידומו של פתרון יעיל והוגן לסוגיה זו, המעסיקה את הרשויות מזה שנים רבות (לתיאור מהלכי הממשלה החל משנות ה-70, ראו בדו"ח ועדת גולדברג, בעמ' 19, תחת הפרק שכותרתו "ועדות ועוד ועדות"). יודגש, כי במשך השנים חלו לא מעט תמורות חיוביות ביחס לסוגיה זו; מחלוקות פרטניות רבות באו על פתרון בדרך של הסכמה – כך למשל בענייננו, כאשר מרבית בני השבט הסכימו לעבור לישוב חורה; ישובים חדשים נבנו על אדמות הנגב, הן עיירות בעלי אופי בדואי, והן ישובים שנועדו לציבור הכללי; במקביל לכך הוגברה האכיפה כלפי הבניה הבלתי-חוקית באזור, שהגיעה לממדים גדולים עד מאוד, לרבות בשטח נשוא ענייננו, דבר שאינו מוכחש. אך כאמור, הצעת החוק שנועדה להביא לידי ביטוי את המדיניות השואפת לפתרון כולל, טרם הבשילה לידי חוק מחייב במדינת ישראל. אציין רק, כי לטעמנו הזמן דוחק, והשנים אינן מיטיבות עם היעדר פתרון כולל ומיושם, אשר הוא חיוני לרווחת הציבור כולו; זאת, שכן תכנונו ופיתוחו של הנגב, ישובם של תושבי הפזורה באופן מוסדר וחוקי, ענייני והוגן ומיגור הבניה הבלתי-חוקית באזור, הן כולן משימות ממלכתיות ראשונות במעלה.

כה. כאמור טוענים המבקשים, כי ההחלטה לפנותם לצורך הקמת ישוב שאינו בדואי, תוך אי-הכללת בתיהם בתכנון ישוב זה, התקבלה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חובותיה של הרשות המינהלית, וכן עולה כדי פגיעה בזכויות היסוד שלהם, אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטענתם החלטה זו מביאה לידי ביטוי מדיניות מפלה, ומתעלמת מאפשרויות תכנוניות אחרות, בהן הכללת בתי הכפר בישוב. דא עקא, כי על המבקשים, המיוצגים באופן מקצועי והם ערים לזכויותיהם, היה להפנות טענות אלה במסגרת הליכים אחרים. אחדד: אף שטענות אלה מופנות לכאורה כנגד החלטת הפינוי גרידא, נטענות הן בפנינו בדרך התוקפת החלטות תכנוניות שונות ביחס לחירן, ובמובנים מסוימים אף את ההחלטה על עצם הקמתו של חירן, שנגזרה מן המדיניות הכוללת של הממשלה ביחס לסוגיית התיישבותם של הבדואים בנגב.

אמנם טוענים המבקשים, כי בקשתם אינה מופנית כנגד הליכי התכנון עצמם, אלא קוראת לבחון את ההחלטה לבטל את הרשות שהעניקה למבקשים ולפנותם, תוך שהתיחסות לתכניות המתאר נעשית רק אגב בחינת שיקוליה של המשיבה בקבלת ההחלטה האמורה; בהודעתם מיום 16.11.14 אף צוין, כי "ככל שבית המשפט יחליט שהרשות אינה הדירה, הוא לא יבטל או יערוך שינויים בתכניות לאור זאת, אלא יידרשו מוסדות התכנון לבחון את התכניות ולשנותן בהתאם להכרעה חדשה" (פסקה 31). ואולם נדמה, כי המדובר בחלוקה מלאכותית שתוצאתה תקיפה עקיפה כאמור; לאמתו של דבר, מרבית טיעוניהם של המבקשים ממוקדים הלכה למעשה בהיבטים ושיקולים תכנוניים, המצויים בסמכותם המובהקת של גופי התכנון, ובפרט בכך שעל התכנית לישוב חירן לכלול בה את בתי הכפר. כאמור, טענות אלה שייכות להליכים אחרים, שבהם לא נקטו המבקשים, ואין מקומן במסגרת הגנתם מפני תביעת הפינוי שהגישה המשיבה. ואוסיף – ברי כי במישור המעשי קשה להפריד באופן הרמטי בין תביעת סילוק היד לבין הליכי התכנון, שכן בלא סילוק ידם של המבקשים, לא ניתן יהיה להביא לידי מעשה את הקמת הישוב חירן בעקבות ההליכים התכנוניים. ואולם במישור המשפטי עסקינן בשני עניינים נפרדים כאמור, שבשניהם – לא רק בהליך סילוק

היד – יכלו המבקשים להשמיע קולם: התביעה לסילוק יד נדונה בבתי המשפט האזרחיים; ואילו החלטות הממשלה – הנתונות לביקורת שיפוטית בבג"ץ, והכרעות גופי התכנון וגופי התכנון, הנידונות ברגיל במסגרת הליכי התכנון, או בבית המשפט לעניינים מנהליים ובבית המשפט העליון, לפי הענין ובהתאם לקבוע בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000. הפרדה זו אינה עניין של מה בכך; המחוקק קבע כיצד יטופל כל נושא, ובית משפט זה אינו כתובת ליצירת אנדרלמוסיה.

כו. לרשות המבקשים עמדו איפוא מספר אפשרויות דיוניות שבמסגרתן יכלו לשטוח את טענותיהם; ראשית, וביחוד באשר לטענות בדבר עצם הקמת הישוב חירן בשטח דנא, והפליה בהקצאת משאבי קרקע – יכלו לעתור לבג"ץ כנגד החלטת הממשלה מס' 2265 מיום 21.7.02, שבמסגרתה הוחלט כאמור על הקמתו של הישוב חירן; יודגש, כי בטענות המבקשים כרוכות גם השגות על עצם מדיניותה של הממשלה בסוגיית הסדרת התישבותם של הבדואים הנגב, שהחלטה על הקמתו של חירן היא תולדה שלה. אציין, כי אף תושבי אום-אלחיראן שהגישו התנגדות לתכניות המתאר הפרטניות תקפו באופן עקיף החלטה זו, בטענותיהם כנגד עצם הקמתו של הישוב חירן. כפי שציינה ועדת ההתנגדות בהחלטתה מיום 24.9.12, האפשרות להשגה על החלטות ממשלה באופן זה היא מטבעה חריגה, שכן מוסדות התכנון רשאים להניח, על יסוד חזקת תקינות המעשה המינהלי, שהחלטות אלה מתקבלות כדין (ראו ע"מ 8354/04 האגודה לטיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה-ועדת המשנה לעררים (2005), בפסקה 20 לפסק דינו של השופט י' עדיאל; אמנם יודגש, כי כדי שתיתקף החלטת ממשלה בפני בג"ץ, עליה להיות החלטה אופרטיבית – כגון החלטה על הקמת ישוב – בהתאם לעקרון סופיותה של ההחלטה המינהלית; ראו למשל, ובעניין דומה, בג"ץ 6094/12 סלים אבו אלקיעאן נ' ממשלת ישראל (2012); בג"ץ 6747/05 המועצה המקומית תל-שבע נ' שר הפנים (2008), בפסקה 9 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן)). וכפי שצוין בהחלטת ועדת ההתנגדויות: "בנסיבות אלו, לא ניתן להשיג כיום כנגד עצם הקמת הישוב החדש או נחיצותו 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" (פסקה 66). נדמה, כי האמור נכון בקל וחומר לענייננו, שעה המבקשים שוטחים טענות מעין אלה בפנינו, כתום תקופה ממושכת, ומשיצאה רכבת ההחלטות והתכנון לדרכה.

כז. שנית, טענות המבקשים, בפרט בכל הנוגע לאופן תכנונו של הישוב ואפשרות הכללתם של בתיים, מופנות כנגד החלטותיהם של גופי התכנון השונים, וצריכות היו להיטען בהתאם למנגנון הקבוע לכך. למשל, בראש וראשונה יכלו המבקשים להתנגד לתכנית המתאר הישובית שפורסמה למתן תוקף ביום 21.5.03, במסגרת אישורו של שינוי 27 לתכנית המתאר המחוזית (למנגנון ההתנגדויות לתכניות שהופקדו, ראו, בין היתר סעיפים 100-112 לחוק התכנון והבניה). ויודגש, כי באותו שלב מוקדם ניתן היה להשיג על קביעות כלליות ועקרונות ביחס לאופי הישוב ותכנונו – כך למשל, בנוגע לתכנונו כישוב כללי ולא בדואי, או כלפי אי-הכללתם של בתי המבקשים בו – אך לא בשלב המתקדם שבו הוגשו ההתנגדויות בפועל, לאחר אישור התכנית על ידי הולנת"ע, וכאשר התכנית המותקפת לעת ההיא היא תכנית פרטנית, המפרטת את השינוי לתכנית המתאר. בהקשר זה אזכיר, כי אף תושבי הכפר שהגישו התנגדויות, הפנו טענות תכנוניות עקרוניות וכלליות באמצעות התנגדות לתכנית המפורטת, ולא בשלב של אישור שינוי 27 לתכנית המתאר המחוזית; וכדברי ועדת העררים בהחלטתה מיום 10.10.14, בעניינינו של מתחם עתיר: "בבואה לדון בתכנית מפורטת, אין הועדה המחוזית רשאית להרהר אחר קביעות תכנוניות נורמטיביות כפי שמצאו ביטוין בתמ"א ובתמ"מ. תכניות אלה קבעו נורמות תכנוניות כלליות, ששומה על הועדה המחוזית למלאן בתוכן פרטני אשר יהלום את אותן נורמות ויעלה בקנה אחד עמן" (פסקה 58; על ההיררכיה הנורמטיבית בין תכניות המתאר ראו בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פ"ד נ(3) 441 (1996); עע"מ 9654/06 החברה להגנת הטבע ואח' נ' ועדת משנה לעררים של המועצה הארצית (2008); עע"מ 8489/07 ריכטר נ' ועדת המשנה הנקודתית של הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, (2009) פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' גרוניס).

כח. האמור לעיל מקבל משנה תוקף, בידענו כי הישוב "עומרית", שתוכנן במסגרת שינוי 27 לתכנית המתאר המחוזית, לא הוקם – כאמור – בשל התנגדות

עמותת הכפרים הלא-מוכרים, אשר הוגשה באותו שלב מוקדם (על החשיבות הנעוצה בהקפדה על המנגנון של הגשת התנגדויות במסגרת הליכי התכנון, ראו בג"ץ 3459/10 אלעתמאן נ' ממשלת ישראל (2011), בפסקאות 9-11 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). בנוסף לכך, אף לאחר שנדחו העררים על ידי המועצה הארצית, ניתן היה להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים כלפי החלטותיה של ועדת העררים; לעניין זה יוער, כי על פי פרט 10(א) לתוספת הראשונה בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים הסמכות לדון בענייני תכנון ובניה; מסמכות זו הוחרגו, בין היתר, החלטות שעניינן תכנית מתאר ארצית או מחוזית, אשר עתירה כנגדן תוגש לבג"ץ (ראו למשל, בג"ץ 8119/10 פרידמן נ' שר הפנים (2011)); התנגדויותיהם של תושבי הכפר הוגשו כלפי תכנית המתאר המפורטת להקמת חירן, ומשכך, על פני הדברים, מקומה של עתירה כלפי החלטותיה של ועדת העררים בענייננו – בפני בית המשפט לעניינים מנהליים. כידוע, על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים ניתן להגיש ערעור בזכות או ברשות, לפי הענין, לבית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים; ראו סעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, וכן תקנה 33 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), תש"ס-2000). דא עקא, העוררים לא הגישו עתירה כאמור, הן ביחס למתחם עתיר, והן ביחס למתחם אום-אלחיראן. כן יכלו המבקשים לעתור לבג"ץ כנגד החלטת הולנת"ע לאשר את שינוי 23 לתמ"מ, במסגרתה הוחלט על יעודם של עתיר ואום-אלחיראן במסגרת תכנית מטרופולין באר-שבע (כאמור, עתירה זו עניינה בתכנית מתאר מחוזית – תמ"מ 23/4/14, מטרופולין באר-שבע) – צעדים אלה לא ננקטו. מעבר לצורך אציון, כי סביר להניח – אף שאין ענייננו כאן לטעת מסמרות – כי אם תוגש כעת עתירה כאמור, תועלה טענת השיהוי בהגשתה; בפן הסובייקטיבי של השיהוי, שאלה היא אם לא ויתרו המבקשים זה כבר על זכותם לפנות לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים בנושאים התכנוניים. מכל מקום, תחת להפנות טיעוניהם במסלול המנהלי, בחרו המבקשים להעלותם במסגרת ההליך הנוכחי, על שלושת גלגוליו, ובהליכים במסלול הפלילי הנוגעים לצוי הפינוי שהוצאו, אף שם בפני שלוש ערכאות (ראו רע"פ 3082/14 הנזכר). בפן האובייקטיבי, חלו לכאורה שינויים בשטח, שחזרה מהם צופנת על פניה נזק למשיבה ואולי אף לצדדים שלישיים – כך מכל מקום

ביחס להחלטת הממשלה מיום 21.7.02, ולהחלטת ועדת המשנה לעררים ביחס לאום-אלחיראן, מיום 24.9.12 (לעניין שיהוי ראו ע"מ 2611/08 בנימין נ' עיריית תל-אביב (2010), בפסקה ט"ו). כך או אחרת, קשה לדידי להלום את טענות המבקשים, שלא הגישו התנגדות במסגרת הליכי התכנון או עתירה כאמור, משום שלא ידעו כי מתוכנן במקרקעין ישוב בעל אופי כללי, אשר אינו כולל את בתי הכפר. ראשית, הדעת נותנת כי הן ההכרזה על הקמתו של חירן בהחלטת ממשלה, והן שינוי 27 לתכנית המתאר המחוזית, פורסמו לעיני כל, כנהוג, ובאופן שיכלו המבקשים לדעת על קיומן (להוראות בדבר הפקדת תכניות בניה וזכות העיון בהן, ראו סעיפים 89-96 לחוק התכנון והבניה). זאת ביחוד, משהוגשה – כאמור – התנגדות להקמת הישוב עומרית, שתוכנן אף הוא במסגרת שינוי 27. נדמה, כי במצב זה – וביחוד על רקע קיומו של משא ומתן כבר משנות ה-80 למאה הקודמת לפינוי השבט מן הכפר – קשה לשער שהמבקשים כלל לא היו מודעים לתכניות המתאר בשלב המוקדם. העיסוק בכך בשלב הנוכחי משמעו הפיכות סדרי דין על פניהם, וניסיון לשים מקלות בגלגלי המהלכים. יש לומר דברים אלה, שכן נקיטת צעדים במועדם היתה המהלך הנכון והרלבנטי; והמבקשים מלווים ביעוץ משפטי.

כט. לסיכומו של דבר, טענות המבקשים בפנינו חורגות מהליכי הפינוי ואף מהחלטת הפינוי, בהיותן מופנות כנגד נושאים תכנוניים ועקרוניים אחרים, והן מהוות תקיפה עקיפה, שעה שניתן היה להעלותן בתקיפה ישירה כמתואר. בעניין זה הולמים דבריו של השופט שהם ברע"פ 3082/14 הנזכר:

“אשר לטענות במישור החוקתי והמינהלי, עמדה בפני המבקשים האפשרות לפנות לערכאות השיפוטיות המתאימות, ולהשיג בפניהן על החלטת ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית. עוד עמדה למבקשים האפשרות להשיג בפני בית המשפט המוסמך על החלטת הממשלה משנת 2002, להקים במקום את הישוב חירן. אף על פי כן, בחרו המבקשים להעלות, שוב ושוב, טענות במישור החוקתי והמינהלי, במסגרת תקיפה עקיפה, בהליך שעניינו ביטול צווי הריסה, במקום לעשות כן בתקיפה ישירה בפני הערכאות המוסמכות. לא למותר הוא לחזור ולציין, כי לא ניתן במסגרת הליך זה לתקוף בתקיפה עקיפה את החלטות ועדת המשנה לעררים והחלטות הממשלה” (פסקאות 12-13).

ל. אדרש עתה לטענת המבקשים, שלפיה מתעוררת כאן שאלה משפטית עקרונית בדבר תחולתו של המשפט המינהלי והחוקתי בבית משפט אזרחי הדן בתביעת פינוי של הרשות. יוטעם, כי אין בנמצא כל הלכה עקרונית המנתקת את המשפט האזרחי מן המשפט החוקתי והמינהלי, וכל מקרה נבחן לגופו, ובכפוף לכללי הסמכות שהותוו בחוק ובפסיקה; בתי המשפט האזרחיים והפליליים – לרבות בית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים ופליליים – אמונים גם על המשפט החוקתי והמינהלי, ונושאים בארגז הכלים המשפטי שלהם את העקרונות והכללים מענפי המשפט החוקתי והמינהלי, אף אם אין המדובר בהליכי בג"ץ או ערעור על עתירה מנהלית. אכן, לבתי המשפט המינהליים ולבג"ץ סדרי דין מיוחדים, אך בכך אין הם הופכים לישות שונה. הדברים נאמרים ביתר שאת, מקום שעסקינן ביחסים שבין הפרט לרשות, עליה מוטלת כמובן חובה מוגברת להישמר מפני פגיעה בזכויות הפרט, יחד עם חובות מינהליות שונות, וזאת אף שעה שפועלת היא בכובעה הפרטי (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – כרך ג' (תשע"ג-2013) (להלן ברק-ארז – כרך ג') בפרק 23; ברק ארז – כרך א' (תש"ע-2010), בעמ' 15, 98, 204). עסקינן בנידון דידן בסוגיה שמטבעה יש לה היבטים אזרחיים והיבטי משפט מנהלי. פינוי מקרקעין ביסודו המשפטי הוא סוגיה מן המשפט האזרחי, אך ברי כי כאשר המדובר בהליכי תכנון ובניה מזה וביושבים על הקרקע מכבר מזה, אין הנושא מופרד מעקרונות כמו זכות טיעון ושימוע, ושאלות תכנון ובניה. ואולם, גם הליכים משפטיים רגישים אינם פטורים מסדרי דין תקינים.

לא. בהקשר זה אדגיש, כי טענות המבקשים אינן "נדחות על הסף" בשל עצם העובדה שתוכנו הוא מינהלי וחוקתי; יתכן כמובן מצב בו יעלו טענות מסוג זה בצורה "אורגנית" – וכאשר אין מקומן בהליך ספציפי אחר – במסגרת הליכים שאינם מנהליים-חוקתיים, אלא אזרחיים מטבעם; ראו למשל, פסק הדין החוקתי המכונן ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל בע"מ כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), שבו נבחנו ונידונו טענות חוקתיות כבדות, אגב הליך שתחילתו תביעה כספית. השיח החוקתי חדר לכל תחומי המשפט, לא כל שכן אל מול הרשויות. בית משפט זה עושה לא אחת גם שימוש בהוראות חוקי היסוד כדי להעניק סעד במסגרת התדיינות אזרחית בין שני צדדים פרטיים (ראו למשל ד'

ברק-ארז וי' גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ה' 11 (תשס"ט); א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך) 162 (1993); בהקשרם של דיני התאגידים, ראו ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' עו"ד טומי מנור, מפרק אפרוחי הצפון בע"מ (2009), בחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; והדברים יפים מקל וחומר מקום שעסקינן כאמור, ביחסים משפטיים בין הפרט לרשות. להלכה יתכן, מבלי לטעת מסמרות, כי במסגרת הליך פינוי – ביחוד משום שמדובר כאמור ביחסים שבין הפרט לרשות – יעלו טענות במישור החוקתי ומינהלי שלא יהיו תקיפה עקיפה, כגון טענות בדבר קניינו של אדם, המוגן במפורש בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו; אין הדבר כך בענייננו. בהקשר זה גם ראוי להידרש – גם אם בקצרה – לקיומם של הליכים "אזרחיים-מנהליים" או "מנהליים-אזרחיים", הנטועים בשני עולמות משפטיים אלה גם יחד. כזו היא תובענה לפיצויים שעילתה מדיני מכרזים, המנויה בתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, והמכונה בחוק "תובענה מנהלית". תובענה זו נידונה בפני בית המשפט לעניינים מנהליים ועילתה היא מנהלית – בהיותה לקוחה מדיני המכרזים – אך הסעד המבוקש בה הוא בעל אופי אזרחי (פיצויים) ולא מינהלי במובן הרגיל (למשל, צו עשה שמשמעו ביטולה או קיומה של החלטה מינהלית), ובמישור הדיוני, חלות במסגרתה תקנות סדר הדין האזרחי, בשונה מערעור ועתירה מנהליים ומהליך המתקיים בפני בג"ץ (ברק ארז – כרך ג', בעמ' 174-176; עע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון (2005); 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד (2013)); בתי המשפט קבעו, כי בתובענה מעין זו, המאופיינת ב"דואליות נורמטיבית", קיימת תחולה להיבטים מנהליים, מהותיים ודיוניים – כך למשל, יכול בית המשפט ליישם בגדרה טענות סף מן המשפט המנהלי כגון שיהוי או אי-מיצוי הליכים, אף כי בעוצמה מופחתת מאשר בעתירות וערעורים מנהליים (כך למשל, על ידי התחשבות בשיקול השיהוי במסגרת פסיקת פיצויים, להבדיל מדחיית התובענה על הסף; להרחבה, ראו ענין שבדרון וענין קוטלרסקי; י' זמיר הסמכות המנהלית – כרך ג' 1608, 1686 (תשע"ד – 1984) (להלן זמיר); ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 141-143 (תש"ס – 1999). במקרה דומה – תביעה אזרחית "רגילה", המופנית כנגד מעשה מינהלי מובהק – סברתי כי יש מקום

להחיל אותה "דואליות נורמטיבית" המאפיינת תובענות מנהליות, וכך ליישם את טענת השיהוי במעשה המינהלי כנגד הרשות (ע"א 5110/05 מדינת ישראל נ' שטיינברג (2007)).

לב. סוף דבר, אין בעצם היותה של טענה מסוימת בעלת אופי חוקתי או מינהלי כדי לקבוע כי אין מקומה כלל בהליך אזרחי. לענין ההבחנה בין המשפט החוקתי והמינהלי יוער, כי הביקורת השיפוטית על שיקול דעתו של המינהל מושפעת באופן ישיר מן המשפט החוקתי, עד כי יש ובתי המשפט המפעילים ביקורת זו אינם מזכירים את עילות הביקורת המסורתיות, אלא בוחנים את הפעולה המינהלית בראי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפחות ככל שהאינטרסים שנפגעו מן הפעולה המינהלית הוכרו כזכויות (ראו ברק-אדו – כרך ב' (תש"ע-2010), בעמ' 630-625; על השפעת חוקי היסוד באופן כללי על המשפט המינהלי, ראו ברק-אדו – כרך א', בעמ' 71-76). אפשר כמובן להתווכח עם ההפרזה בטיעונים חוקתיים מקום שאין בהם צורך, אך לא בכך עסקינן כאן. ואולם, בענייננו יכלו המבקשים להעלות טיעוניהם בתקיפה ישירה כמפורט, ואין מקום לתקיפה עקיפה מאוחרת; הדברים אינם דקדוקי עניות פרוצדורליים אלא מהות.

ואוסיף, כי נסיבות ענייננו מביאות לידי ביטוי מובהק את הרציונל מאחורי אי-היעתרות לתקיפה עקיפה, בהיעדר אפשרות ממשית להיעתר לטענות המבקשים: שכן, בחינתן הישירה במועדן עשויה היתה להביא בית משפט זה – אילו נמצא כי רק ראוי – ל"החזיר את הכדור" חזרה לגופי התכנון, או אף לממשלה, לקיום דיונים מחודשים ואף לביצוע שינויים בתכניותיהם ביחס למקרקעין. ואולם, נוכח הנסיבות – לאחר שנים רבות ומשאבים רבים שהושקעו בתכנון המקרקעין, תוך שמנגנוני ההשגה לא נוצלו כדבעי – אין דבר זה בר-יישום. הליכי תכנון אינם יכולים להימשך לעד, ויש להישמר מפני יצירת "לולאה תכנונית" אינסופית, בתנועה מעגלית מתמדת שממנה לא ניתן להיחלץ ושבגינה לא ימומשו תכניותיהן של הרשויות שעמדו במבחן כל שלבי התכנון; כך בענייננו, אין מנוס לעת מאי-היעתרות לבקשות. התמשכות הליכי התכנון היא "רעה חולה", ואין מקום להוסיף עליה (ראו ע"מ 109/12 הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז נ' גבעת האירוסים גן האירועים בע"מ (2012)). אין, קשה להלום כי לאחר שלבים תכנוניים שכל כולם

בדיקת התנגדויות והשגות, ושהפכו להיות "חלוטים מינהלית", ואשר בהם לא הוגשו השגות ועתירות בדין חרף ייצוג מקצועי – יחל הכל מבראשית, כאילו לא היה. ציר התכנון אמר את דברו; התושבים אינם מופקרים חלילה, ואינם מפונים אל תחת כיפת השמיים; תולדותיהם בשטח והיותם אזרחי המדינה בעלי זכויות וחובות, חייבו הצעת פתרונות לפינניים. ואכן, לעוברים לחורה הוצע, כפי שפורט בפנינו, מכלול זכויות הכולל מגרשים מפותחים והטבות נוספות.

לג. ועוד: אשר לתחולתו של המשפט המינהלי, בתי המשפט האזרחיים פועלים במסגרת הסמכות הנתונה להם מכוח חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ובפרט מכוח סעיף 51, המקנה סמכות כללית לבית משפט השלום לדון בתביעות אזרחיות (עד שווי מסוים), וסעיף 40 לחוק, המקנה לבית המשפט המחוזי סמכות כללית לדון ב"כל ענין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בית משפט השלום". בתי משפט אלה קיבלו על עצמם במובן המהותי לדון גם בעניינים מינהליים, שנתפסו כ"תביעות אזרחיות" או "עניינים אזרחיים", אף שגבולותיה של סמכות זו אינם ברורים די הצורך (זמיר, בעמ' 1610-1611, 1711). יתרה מכך, לגישתו של זמיר לבתי המשפט האזרחיים סמכות לדון בעניינים מנהליים גם בדרך של תקיפה עקיפה באמצעות סעיף 76 לחוק בתי המשפט, לפיו "הובא ענין כדין לפני בית המשפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו עניין אף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר". בענייננו עסקינן בהליך לסילוק יד; הפן המינהלי עולה כמתואר מתוך טענות ההגנה של המבקשים בפני בית משפט השלום, ובהמשך, בטענותיהם בערעור בבית המשפט המחוזי ובבקשה הנוכחית, ואינו נדרש כדי להכריע בנושא הפינני עצמו. ואולם, כיון שמדובר בהליכים אל מול הרשות המינהלית, ישנה ההשקה ההכרחית למשפט המינהלי.

מכל מקום ביחס לתקיפה עקיפה, טענה כנגד דרך הפעלתה של הסמכות המינהלית, תוכל רק במקרים חריגים להתברר בדרך זו, באשר "ככלל בתי המשפט לא יטו להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה" (רע"א 2385/14 אוניברסיטת בן-גוריון בנגב נ' איגוד ערים אזור באר שבע (2014), בפסקה י"א; ע"א 7958/10 פלאפון

תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל (2012), בפסקאות ל"א-ל"ב לחוות דעתי והאסמכתאות המובאות שם). בענייננו אין מתקיימים החריגים שברגיל מצדיקים בירור בדרך של תקיפה עקיפה: "כאשר מעשה המינהל לוקה בפגם חוקי או מוסרי חמור הגלוי על פני הדברים; לצד זאת, על בעל הדין להוסיף ולהוכיח קיומן של נסיבות מיוחדות המצדיקות אי ציות להוראת הדין, כגון דחיפות מיוחדת או נזק בלתי הפיך הצפוי להיגרם לו כתוצאה מביצוע ההחלטה בפרק זמן קצר שעד לפניה ולקבלת מענה מערכאה שיפוטית" (שם). יתרה מכך, כפי שציין השופט י' זמיר, עולה מן התקיפה העקיפה "ריח של עשיית דין עצמית ושיהוי בלתי-מוצדק בהעלאת טענות" (רע"פ 4398/99 הדאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 647-646 (2000)). יצוין, כי לפי הלכת הבטלות היחסית, תקיפה עקיפה תהא מועילה רק כאשר הפגם המינהלי היה מביא לתוצאת בטלות, אף שניכרת שחיקה בכלל זה, באופן שבתי המשפט מכירים באפשרות תקיפה עקיפה גם כאשר תוצאת הפגם אינה בטלות – ראו ברק-ארז – כרך ב', בעמ' 822-827).

לד. כך או אחרת, נוכח הרגישות הכרוכה בענייננו, ומשאין בתי המשפט האזרחיים "מנותקים" מן המשפט המינהלי והחוקתי, ראיתי כאמור להתייחס בקצרה, בגדרי הסמכות להפעיל ביקורת עקיפה, לטענות החוקתיות והמינהליות שבפני המבקשים, אף כי אין הליך זה המקום הטבעי לכך. המשיבה פועלת כאן כבעלת זכויות קנייניות בקרקע, וחייבת היא – כנאמן ציבור – לקבל החלטות הנוגעות לניהול הנכסים וחלוקתם באופן העולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הציבורי (ראו ברק-ארז – כרך ג', בעמ' 20; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן ענין קעדאן); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי בישראל נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002)).

לה. האם נהגה המשיבה בהגינות? אזכיר, כי חובה זו נחשבת הראשונה במעלה שמוטלת על הרשות, ממנה נגזרות חובות ספציפיות אחרות; היא "המכנה המשותף הרחב של החובות השונות המוטלות על הרשויות המינהליות" (ברק-ארז – כרך ב', בעמ' 630). אמירה זו אינה צריכה ראיה, והיא בחינת אל"ף בי"ת, אך בית משפט זה שב ונדרש לכך פעם אחר פעם ("חובת המדינה להגינות יתרה בהתנהגותה בכל

דרכיה ברורה לדידי כשמש בצהרי היום, עד כי אינה טעונה אסמכתאות", ע"א 10011/07 פור חברה לניהול השקעות נ' פקיד שומה אשקלון (2010) בפסקה י"ז לחוות דעתי; דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ (2011), בפסקה ו' לחוות דעתי והאסמכתאות המובאות שם; וראו לאחרונה ע"מ 7752/12 אטל נ' מנהל מקרקעי ישראל (2014), בפסקה כ"ה). דומני – והוא עיקר לענייננו – כי אין לומר שהמשיבה לא פעלה באופן הוגן ובתום לב ביחס לפינוי המבקשים. ראשית, המשיבה קיימה עם בני השבט, החל משנות ה-80 משא ומתן לפינוים מן הכפר, בתמורה לקבלת מגרש בישוב חורה. כבר אז גילתה דעתה כי בכוונתה לפנות, אף כי באותו שלב טרם בא הדבר לידי ביטוי בהחלטת ממשלה ובהליכי תכנון מפורטים. במהלך השנים נבנו מספר שכונות בישוב חורה לצורך קליטתם של בני השבט; כאמור, הישוב חורה מוכר על ידי הרשויות, מחובר לתשתיות בסיסיות, ומציע לתושביו ולתושבי האזור שירותים קהילתיים. אף כיום מציעה המשיבה למבקשים לעבור לחורה, שם זכאים הם לקבל מגרש חדש והטבות נוספות. אכן, כנאמן על מקרקעי הציבור – על המשיבה לפעול לטובת הציבור כולו – הן לטובת האוכלוסיה הבדואית, והן לטובת אוכלוסיות אחרות. לכך נוסיף – במישור השקיפות – כי המשיבה פעלה לעיני כל, ופירסמה את החלטותיה כדין. נדמה, כי פעולות המשיבה בהקשר דנא נסבו על תשתית עובדתית ונורמטיבית רלבנטית, ובין היתר: החלטת הממשלה על הקמת חירן, היעדר זכויות המבקשים במקרקעין והבניה הלא-חוקית בהם, קיום פתרון מידי וזמין בדמות המעבר לישוב חורה וקיומו של משא ומתן למימוש מטרות אלה, החל משנות ה-80. ביחס להליכים התכנוניים בפרט יצוין, כי החלטות גופי התכנון התקבלו לאחר בדיקתם של תצלומי אויר באזור הכפר, ועל בסיס המלצותיה של החוקרת כאמור. בהקשר אחרון זה אוסיף, כי על פניו לא נראה כי נפל פגם בהחלטת הולנת"ע לשקול מחדש ולבטל את החלטתה לאמץ את המלצת החוקרת; ניתן לשוב ולעיין בהחלטה מינהלית, כל עוד לא נעשה הדבר על יסוד שיקולים זרים. נראה, כי החלטת הביטול התקבלה על יסוד שיקולים תכנוניים גרידא, ובמרכזם הצורך להמשיך ולבסס את היישוב חורה כפתרון התכנוני בעבור בני השבט ובנותיו.

לו. ועוד, על פניה לא נפל פגם של אי סבירות בהחלטת הפינוי. אין המדובר בהחלטה שרירותית; היא היתה חלק מתהליך בעקבות החלטת ממשלה, בגדרי מהלך רחב יותר של הסדרת ההתיישבות בנגב על-ידי בעלת המקרקעין. החלטת הפינוי אינה חורגת בנסיבות ענייננו מן האיזונים הסבירים בין אינטרסים של כלל הציבור לאלה של תושבי הכפר מתן תנאי מעבר טובים לחורה למבקשים, כדי לאפשר הקמת ישוב כללי. על פניהם אין הליכי התכנון של חירן נגועים באי-סבירות. אמנם, וכפי שצוין מקודם, יתכן כי מן הראוי היה מעיקרא להביא בחשבון את בתי הכפר בתכנון הישוב, הן בשל כך שבמקור התבססה תביעת הפינוי – אך לא הליכי התכנון עצמם – על הטענה כי המבקשים פולשים במקרקעין, אך בפועל היו בני רשות; והן בשל דברים שנאמרו מפי גופי התכנון, כי לא היתה מניעה עקרונית-תכנונית לכלול את בתי המבקשים בתכנית המתאר לישוב. נוסף לכך, המדיניות שאימצה הממשלה בסוגיה בשנים האחרונות מורה דווקא על ניסיון להכשיר – במקום שניתן ובתנאים – בניה קיימת של בני הפזורה במסגרת תכנון ההתיישבות בנגב (ראו להלן בפסקה ל"ו). ואולם, אין בכל האמור לגרוע מכך שהן החלטת הפינוי והן הליכי התכנון אינם נגועים, על פניהם, באי-סבירות, על פי תוכנן הקונקרטי, משעברו את כל השלבים הרלבנטיים שבדין.

לז. אשר לטענות המבקשים בדבר הפגיעה בשוויון, לרבות טענת ההפליה בהקצאת מקרקעין לאוכלוסיה הבדואית; המשיבה, כרשות מינהלית, אכן מחויבת לעקרון השוויון, לרבות בהקצאת קרקעות המדינה; הרשות נאמנה על מקרקעין אלה, ועליה להביא בחשבון שיקולים ציבוריים בתכנונם וחלוקתם. ואולם, הישוב המתוכנן אינו מונע מבני הפזורה להתגורר בו, אלא הוא מתוכנן כישוב בעל אופי כללי ולא ישוב בדואי, על כל המשתמע מכך מבחינה תכנונית; כל החפץ להתגורר בחירן רשאי לעשות כן, בכפוף לכל דין ובתנאים הקבועים לכך. אכן, הדעת נותנת, וכך גם צוין בתגובות המדינה ובהחלטותיהם של מוסדות התכנון, כי מרבית האוכלוסיה שתבקש להתגורר במקום היא יהודית – ובהתאם לכך כוללת התכנית הפרטנית הקמתם של מוסדות המיועדים לציבור היהודי הדתי, כגון מקוה טהרה ובית כנסת; אולם אך אין בכך כדי למנוע מתושבי הפזורה להתגורר בישוב ו"למנוע מתן 'צבע לאומי' אחר למוסדות החינוך ו/או למוסדות דת בתחום התכנית בעתיד, ככל שיתברר שהדבר דרוש, הכול, בשים לב לדינמיקה ההתיישבותית

בשטח" (פסקה 87 להחלטת ועדת העררים); ועוד נאמר, כי גרעין ההתישבות "חירן" מהווה אחוז מזערי ממספר התושבים הצפוי ביישוב (כ-5% לדברי המשיבה). כאמור, מדובר על אפשרות פיצויים למי שיחליטו להגיע למגורים בחירן, בשל השקעות במגוריהם הקודמים. ונזכיר, את האפשרות לקבל מגרש והטבות נוספות ביישוב חורה, שבה בחרו רובם המכריע של בני השבט. אמנם יטען הטוען, כי בתכנון ישובים לבדואים בלבד, נוהגת הרשות באופן המפלה במובן-מה דווקא בני אוכלוסיות אחרות; ואולם, כפי שנקבע בבג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) – במסגרתו נדחתה עתירתו של תושב יהודי שביקש לרכוש מגרש ביישוב הבדואי "שגב-שלום" – עקרון השויון מתיישב עם האפשרות לתכנן יישובים נפרדים עבור קהילות מיעוט, באופן המאפשר להן לשמור על צביוןן (ראו ברק-אח – כדך ג', בעמ' 562; לביקורת על מדיניות תכנונית זו, גם בהקשרם של האוכלוסיה החרדית ובני המיעוט הערבי, ראו ג' גונטובניק, הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (תשע"ד-2014), בעמ' 246-252, ובאסמכתאות המובאות שם בהערה 391). סוגיה זו מורכבת כשלעצמה עד מאוד, אך לא זה המקום להידרש אליה.

לח. המבקשים טענו לפגיעה בזכותם לקניין, כאשר לגישתם, מן הראוי היה להכשיר את בתיהם במסגרת תכנונו של היישוב. אמנם, המבקשים ישבו בשטח, ברשות המשיבה במשך שנים לא מעטות – ואינם, כפי שטענה המשיבה תחילה, פולשים לשטח כמו במקומות אחרים; וכמובן עולה השאלה מהו המשקל שיש לייחס לכך. מכל מקום, אין ניתן לומר כי עצם הימצאותם בשטח והבניה בו הצמיחו להם זכות קניינית במקרקעין; בתיהם הוקמו ללא היתר ושלא כדין. פשיטא כי אין לחייב את הרשות להכשיר בניה בלתי-חוקית; יתרה מכך, ההגנה על שלטון החוק ומניעת עידודה של עבריינות בניה מהווה שיקול תכנוני לגיטימי (ראו לאחרונה, עע"מ 6738/13 מדינת ישראל נ' ש.י. שפץ וקנין קבלני בניין בע"מ (2.12.14), בפסקאות ג'-ה' לחוות דעתי). הדברים אף עולים בקנה אחד עם הגישה הראויה כנגד בניה בלתי-חוקית, תופעה שכיחה למרבה הצער, שעל הרשויות לפעול במלוא המרץ כנגדה (ראו, למשל, רע"א 4088 בדיר נ' רשות מקרקעי ישראל (2014), בפסקה כ"ב). אמנם – וכך אף עולה מדברי המדינה בהודעתה מיום 5.10.14 – ביחס לבני הפזורה, ולנוכח הנסיבות המיוחדות שנוצרו, בעיקר כיון

שרבים מהם הועברו למקום מושבם על ידי הרשויות, יש ושיקול זה תומך בהסדרת בניה בלתי-חוקית, אך זאת בכפוף לראיה רחבה של אופן פיזור האוכלוסיה באדמות הנגב ובגדרי תכנית מטרופולין באר-שבע, תוך שמובאים בחשבון צרכיהן של כלל האוכלוסיות (בענין זה ראו דו"ח ועדת גולדברג, בפסקה 110, ודו"ח בגין, בעמ' 5-6; כן ראו ע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ (2010) וע"מ 65/13 הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ (2013));

יוזכר עוד, כי כלל הדוחות שהוכנו בנושא, וכן דברי ההסבר לתזכיר החוק להסדרת התיישבותם של הבדואים בנגב, ציינו כעקרון יסוד במדיניות הראויה הגברת האכיפה כנגד בניה בלתי-חוקית, וזאת לצד מציאתו של פתרון לשביעות רצונם של בני הפזורה (ראו דו"ח גולדברג, בפסקה 63; ענין אבו מסעאד, בפסקה 62 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). בענייננו מתנגדת המשיבה, מטעמים שיסודם בשיקולים תכנוניים רחבים, להכשיר את בתי המבקשים, ולא ניתן לחייבה לעשות כן, ביחוד מקום שאינם בעלי זכויות בקרקע. יתרה מכך, גם אילו היו המבקשים בעלי זכויות בקרקע, לא היה בכך כדי לגרוע מסמכויותיהן של רשויות התכנון – כמובן, בכפוף לדין ולחובות המינהליות של הרשות – בהתאם להלכה כי השימוש בקניין כפוף לתכנון (ע"פ 377/87 קלקא נחום בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"א(4) 673 (1987); רע"פ 2041/11 קיבוץ יגור נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז חיפה (2011)). כשלעצמי אבקש להטעים בכל לשון כי בעיניי הכשרת בניה לא חוקית היא מעשה שיש בו "אפקט בומרנג", ועל הרשויות לנהוג בו זהירות רבה.

לט. ושוב: לא נעלמה מעיני העובדה, שתביעת הפינוי במקורה נסבה על טענת פלישה למקרקעין שלא כדין, כאשר בפועל היו המבקשים בני רשות בחינם, שהיא הדירה; בשל כך נטען, כי החלטת הפינוי התקבלה על יסוד תשתית עובדתית חסרה. בענין זה צוין בהחלטת ועדת העררים, כי קיימת מניעה עקרונית להכשרת הבניה במקום בהיותה בלתי-חוקית; וכי עצם ישיבת המבקשים במקום כבני רשות, אינה מהווה הכשר לבניה שנעשתה במקום שלא כחוק, ואין בה כדי לפגוע בזכות המשיבה לפנות את המקרקעין. ואולם, איני מוציא מכלל אפשרות, כי יתכן שמעיקרא היה בכך כדי להשפיע על שיקולי התכנון, באופן שהיתה נשקלת האפשרות לכלול את

בתי המבקשים בתכנון הישוב. לענין זה יצוין, כי החלטת הממשלה על הקמת הישוב וההליכים התכנוניים שבאו בעקבותיה, התקבלו מספר שנים לפני דו"ח גולדברג, שבו הומלץ, בין היתר, לכלול ולהכשיר את בתי הפזורה בתכנון במסגרת תכנונו של איזור הנגב, במקום שהדבר ניתן על פי שיקולים תכנוניים ואחרים: "עקרונית מוצע, להכיר ככל שניתן בכל אחד מן הכפרים הבלתי מוכרים שקיימת בו מסה מינימלית של תושבים, כפי שתיקבע, ויהיה לו כושר נשיאה מוניציפאלי, ובתנאי בל יעבור שהכרה זו לא תעמוד בסתירה לתכנית מתאר מחוזית" (פסקה 110 לדו"ח); עיקרון זה מבוטא גם בדו"ח בגין. עם זאת, הדברים כפופים כאמור לשיקולים רחבים הנשקלים בידי הרשויות, ובענייננו יש לזכור כי מרבית בני השבט התיישבו בחורה, וגם כי גדלה הבניה הבלתי חוקית לאורך השנים. בענין אחרון זה אביא מהחלטת ועדת העררים של המועצה הארצית מיום 24.9.12, פסקה 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 התביעה 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 הישוב 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 אוויר שהוגשו לנו מהשנים 1995 ו-1998, ואשר עמדו גם בפני וועדת המשנה להתנגדויות, תומכים בתמונת דברים זו. נציין כי נתונים דומים עולים גם מתצלומי אוויר של מרכז מיפוי ישראל (מפ"י), הנמצא במחלקת מ"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 – המרכזי על הגבעה והדרומי בוואדי. כך, בעוד שבשנת 1999 היו באתר המרכזי 10 מבנים, ובאתר הדרומי 12 מבנים (ואפשר וחלק מהמבנים שימשו ומשמים למטרות חקלאיות ולא דווקא מגורים), הרי שבשנת 2004 היו 13 ו-12 מבנים, בהתאמה; בשנת 2007 היו 16 ו-17 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 מבנים. 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 אחר מלחמת השחרור על אדמה נטושה בסביבות בית קמה – דביר – להב [...] ללא חוזי חכירה ... עקב לחץ אשר הופעל ע"י הממשל הצבאי ... הסכימו כ-2/3 מהם ... להעתיק מקומות מגוריהם לטביבות עתיד... (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 אום 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"

מ. בהקשר זה יודגש לסיכום – ואין הדבר מבטא כהוא זה הקלת ראש בקושי הכרוך בפינוי אדם ממקום מושבו שנים רבות – כי פינוי המבקשים אכן אינו מותירם בפני שוקת שבורה. רשאים הם לעבור לישוב חורה, בתנאים המיטיבים שנקבעו לכך, ובכך ניטל מעוקצה של הטענה בדבר פגיעה בזכות קניין; כשני שלישי מבני השבט נהגו כך. כיום, ולאחר שהתקבלה ביום 2.5.05 החלטה מס' 1028 של מינהל מקרקעי ישראל – שעניינה הגדלת שיעור הפיצוי הניתן לבני הפזורה בתמורה להתפנותם מכפרים לא-מוכרים – מי מן המבקשים שיעבור לחורה זכאי לתנאים מיטיבים מאלה שקיבלו בני השבט שעברו במהלך שנות ה-80 וה-90 למאה הקודמת. לחלופין יכולים המבקשים, ככל אזרח אחר, לרכוש מגרש בישוב חירן לכשיוקם, על פי התנאים החלים על הכל. ויתרה מכך, על פי הודעת המשיבה מיום 5.10.14, תושב הכפר שירכוש מגרש בישוב חירן, יתכן שיהא זכאי לקבל פיצוי בגין הריסת ביתו – בכפוף לאישור ועדת הפשרות – הטבה הניתנת ברגיל לתושבי הפזורה העוברים לישוב בדואי. ועוד, לדעתנו ראוי שהמשיבה תשקול באורח מתאים והוגן שאותם תושבים שיוכיחו כי הם מן "הגרעין ההיסטורי" של מי שהגיעו למקום – אום אלחיראן – כבני רשות, יקבלו הטבה מסוימת במסגרת מכרזי השיווק בישוב החדש חירן; בכך יהא גם משום תשומת לב מצד הרשויות להיות חלק מן הנוגעים בדבר בני רשות ולא פולשים. לשלמות התמונה יצוין, כי

לאחרונה הגישו מספר בני השבט המתגוררים בחורה עתירה לחייב את הרשות לשווק להם מגרשים בשכונה 12 ביישוב (בג"ץ 7348/14 קיעאן ואח' נ' הרשות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב). בתגובה לעתירה נטען, כי מגרשים אלה מיועדים בראש וראשונה לבני השבט השוהים בשטח אשר מיועד להקמת חירן, וכי עד להכרעה בבקשה הנוכחית אין בכוונתה לשווקם. נוכח האמור, ביום 14.12.14 ניתנה החלטה בעתירה 7348/14, שלפיה יגישו הצדדים התייחסותם העדכנית לאחר מתן פסק הדין בבקשה זו. מבלי להביע כל דעה באותה עתירה, אציין כי מתקבל הרושם שקיים ביקוש רב למגרשים אלה, ואולם המשיבה מחויבת, כחלק מהתכנית לתכנון האזור, לספקם לתושבי עתיר/אום-אלחיראן הנותרים. בנסיבות כאלה, דומני כי לרשות המבקשים – אף גם אם דעתם שונה – פתרון הוגן, וכדאי שיעשו בו שימוש. ולבסוף, אף אם תאמר כי החלטות המשיבה בענייננו פוגעות בזכויות המבקשים, ובמכלול אין זה המצב, על פני הדברים אין הן לוקות באי-מידתיות. באופן כללי ניתן לומר, כי מטרת פעולותיה של המשיבה היא הקמת הישוב חירן. נדמה, כי האמצעים שנקטה בהם לשם כך, אינם חורגים בנסיבות מפסקת ההגבלה וממתחם המידתיות. דומה, כי האמצעים שבחרה בהם הרשות משיגים את מטרתם; כי אין בענייננו לעת הזאת אמצעי אחר שפגיעתו פחותה (וזאת לאחר שנשקלו כאמור אופציות אחרות ונדחו); וכי בפן הנורמטיבי (דהיינו, מבחן המידתיות הצר) המטרה אליה חותרת המשיבה – הקמת הישוב הכללי חירן מזה וחיזוק היישוב הבדואי חורה – חשובה דיה כדי להצדיק את הפגיעות הנטענות הכרוכות בהשגתה.

כללם של דברים

מא. סוף דבר, אציע לחבריי להיעתר לבקשת רשות הערעור, אך לא לערעור לגופו, מן הטעמים המפורטים מעלה; צר לי שנסיונות פשרה לא עלו יפה, והיינו שמחים אילו הצליחו. אציין, כי גם בעניין אלעוקבי הנזכר, הצענו לצדדים, בתום הישיבה האחרונה שהתקיימה בתיק, לקיים ביניהם הליך גישור על מנת להגיע להסכמה (ראו החלטה מיום 2.6.14). ברי כי גישת פשרה ראויה ביחס למחלוקות משפטיות מעין אלה, המתעוררות אגב סוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב, בטרם כינונו המיוחל של הסדר כולל בנושא, שימנע – ככל האפשר – סכסוכים נוספים

מסוג זה, המתגלגלים תדיר לפתחי בית המשפט; וכי ככל שהשכל הישר יגבר והפוליטיקה מסוגים שונים תושם הצדה, יש סיכוי רב יותר לכך. שומה על הרשויות ותושבי הפזורה כאחד לקדם פתרונות מעשיים למחלוקות, ויפה שעה אחת קודם. אף שאיננו נעתרים לערעור, אין בנסיבות צו להוצאות.

מב. אחר הדברים האלה קראתי את חוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז. המרחק בינינו דומה שאינו גדול מאוד; ראו פסקה מ' למעלה וההצעה לשקול מתן הטבה מסוימת במכרזי השיווק לבני הרשות המוכחים. ואולם, חוששני כי במישור המעשי, משמעותה של הצעה מרחיקת לכת מזו שהצעתי, כגון של חברתי, עלולה להיות – בין השאר – עיכוב בהקמתו של הישוב "חירן" באופן מהותי, בלא שהדבר עוגן בהליכי התכנון, הכל כפי שתואר מעלה. סבורני איפוא כי יש להסתפק באמור בפסקה מ'.

המשנה לנשיאה

השופט הנדל:

אני מסכים לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. קראתי את פסק דינו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ואף כי אני מסכימה לחלק לא מבוטל מן העקרונות שעליהם הוא מושתת, אני סבורה שיישומם בנסיבות העניין מוביל לתוצאה שונה.

עיקרי התשתית העובדתית

2. על מנת להבהיר את עמדתי אני מבקשת לחדד את הגרעין העובדתי העומד ביסודו של ההליך הנוכחי: המבקשים, הנמנים עם השבט הבדואי אל-קיעאן יושבים באזור אום אל חיראן מאז שנות החמישים של המאה הקודמת לאחר שהמדינה

התירה להם לשבת במקום בעקבות פינויים ממקום ישיבתם הקודם. מבחינה משפטית, אפוא מעמדם הוא של בני-רשות. זאת, בניגוד לטענותיה המקוריות של המדינה בהליך זה, וכן בחלק לא מבוטל של הליכי התכנון – כי המבקשים הם מסיגי גבול. בשלב מסוים, כחלק מפיתוח הנגב, הוחלט על תכנונו של האזור שבו יושבים המבקשים, ובכלל זה על הקמתו במקום של יישוב חדש בשם חירן. המבקשים השתתפו בהליכי התכנון והגישו התנגדויות לתוכנית המוצעת, אך לא מיצו הליכים אלה על דרך הגשת עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים כנגד החלטתה של ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה (להלן: ועדת העררים) לאחר שזו דחתה את הערר שהגישו. במקביל לכך, התנהל בבתי המשפט הליך בשאלת פינויים של המבקשים מן המקום. הליך זה הגיע לפתחנו במסגרת הבקשה דנן. לטענת המבקשים, היה על המדינה להביא בחשבון את היותם בני-רשות חוקיים במקום ולאפשר להם להישאר בו, ולו במסגרת התכנון החדש, מה גם שהמדינה הצהירה בפנינו לאורך ההליך כולו כי היישוב החדש שמוקם הוא יישוב "כללי", קרי אינו יישוב "סגור" בפני אזרחים בדואים שירצו להתגורר בו.

3. כמו חברי אף אני סבורה שהמבקשים אינם יכולים לעורר בשלב זה טענות שעניינן הליכי התכנון. משבחרו המבקשים שלא למצות את הדרכים שהיו פתוחות בפניהם לתקוף את הליכי התכנון, הפכו ההחלטות התכנוניות לעובדה קיימת שלא ניתן עוד לערער עליה. אף במישור הפורמאלי, ההליך שבפנינו אינו נוגע לתכנון, אלא רק לשאלת פינויים של המבקשים מן המקום. אם כן, שאלת האופן שבו היה על רשויות התכנון לתכנן את היישוב חירן אינה עומדת בפנינו ולכן לא אכריע בה. יחד עם זאת, אציין כי אני מוצאת טעם רב בגישתו של חברי, המשנה לנשיאה, לפיה מלכתחילה היה מקום לנסות ולכלול את בתי המבקשים בתוכנית המתאר של היישוב החדש, בהתחשב בכך שהם בני-רשות המתגוררים במקום עשרות שנים ובהתחשב בכך שמהחלטתה של ועדת העררים עולה כי לא הייתה כל מניעה תכנונית לעשות כן. בפועל, הדבר לא נעשה, ויש להפיק מכך לקחים לקראת הליכי תכנון אחרים. עם זאת, כפי שצוין, עניין זה אינו בפנינו. הסוגיה שהונחה לפתחנו נסבה אך על פינויים של המבקשים, ובה אמקד את דברי.

המסגרת הנורמטיבית: הדואליות הנורמטיבית

4. נקודת המוצא לדיון בעניינם של המבקשים במקרה זה צריכה להיות התחולה המשותפת של עקרונות מתחום המשפט הציבורי והפרטי על עניינם, במסגרת עקרון הדואליות הנורמטיבית (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג 23-12 (2013)). כך טענו המבקשים, ובמישור העקרוני, זוהי נקודת מוצא המוסכמת גם על חברי.

5. אשר על כן, ההחלטה על פינויים של המבקשים, בני-רשות זה עשרות שנים, צריכה להיבחן הן באספקלריה של דיני הרשות במקרקעין (ראו: נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24 (1995); נינה זלצמן "רשות חינוך" במקרקעין כ'השאלת מקרקעין" עיוני משפט לה 265, 271-272 (2012)) והן באספקלריה של המשפט הציבורי, המחייב כי החלטות יתקבלו תוך שמירה על הגינות ועל בסיס שקילתם של מכלול השיקולים הרלוונטיים.

6. דיני הרשות במקרקעין – רישיון הוא מוסד משפטי גמיש, אשר בתי המשפט יוצקים לתוכו את הראוי והצודק בנסיבות העניין (ראו: יהושע ויסמן דיני קניין: החזקה ושימוש 488 (2005) (להלן: ויסמן)). רישיון ללא תמורה הוא ככלל הדיר וניתן לביטול, אך ישנם מקרים בהם הצדק דורש למנוע מנותן הרישיון לבטלו, למשל בנסיבות של השתק, וכל מקרה יוכרע על פי נתוניו הקונקרטיים (ראו: ויסמן, בעמ' 480-484; וכן מיגל דויטש קניין כרך ב 414-415 (1999)). במסגרת מבחני הצדק שאותם החילו בתי המשפט על בקשות לביטול רישיונות ישיבה במקרקעין ניתן משקל משמעותי, בין השאר, לשאלת משך השימוש במקרקעין ולהסתמכות היושבים עליהן (ראו למשל: ע"א 633/08 מינהל מקדעי ישראל נ' חיטמן, בפסקאות כ"ג-כ"ד לפסק דינו של חברי, השופט (כתוארו אז) א' דובינשטיין (להלן: עניין חיטמן)).

7. המשפט הציבורי: הגינות, החובה לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים והתשתית העובדתית של ההחלטה – כפי שציין גם חברי המשנה לנשיאה דובינשטיין הרשות חייבת לנהוג בהגינות באזרח שבא עמה בדברים. הגינות זו מחייבת, בין השאר, נכונות לשקול "בנפש חפצה" נתונים שמובאים בפניה ואינם מתיישבים לכאורה עם מחשבות ותוכניות שעלו בדעת אנשי הרשות קודם לכן. עם זאת,

ההגנות המינהלית אינה מתמצה בכך. כל החלטה מינהלית חייבת להיות מבוססת על שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין. אכן, לרשות מוקנה שיקול דעת רחב באשר לאיזון בין השיקולים. אולם, היא אינה רשאית להתעלם משיקול רלוונטי או לא להביאו בחשבון מלכתחילה (ראו: דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995)). בנוסף לכך, הפעלת שיקול הדעת המינהלי חייבת להתבסס על תשתית עובדתית נכונה. כאשר החלטה מינהלית מתקבלת על בסיס תשתית עובדתית שהתבררה לימים כלא נכונה, שומה על הרשות לחזור ולבחון האם מתחייב עדכון שלה נוכח תיקון המצע העובדתי שביסוד הדברים. במקרה הטיפוסי, נדונים בפני בתי המשפט מקרים שבהם הרשות קיבלה החלטה שהיא רצויה לפרט, והיא מבקשת לשנותה לאחר שהתברר כי טעות עמדה ביסודה. ככל שמדובר ב"טעות מהותית" נקבע כי היא תוכל לעשות כן (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 389 (2010)). הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם באותם מקרים שבהם ההחלטה המקורית של הרשות הייתה החלטה מחמירה מבחינתו של הפרט, בשל טעות. גם כאן, על הרשות שומה לחזור ולבחון שמא ראוי לעדכן את החלטתה – לקולא מבחינת הפרט.

8. בהמשך לכך, יש להוסיף ולבחון מהם השיקולים הרלוונטיים החלים על פיננים של מי שיושבים במקרקעי ציבור מכוח רשות שקיבלו. אני סבורה ששיקולים אלה כוללים, למצער, התייחסות לשאלות הבאות: מהם הטעמים העומדים ביסוד ההחלטה על פיננים של בני-הרשות? האם הופרו תנאי הרשות? מהי עוצמת הפגיעה בבני-הרשות ומהי מידת ההסתמכות שלהם על הרשות שקיבלו? האם הפינוי נובע מתכנון חדש למקרקעין, ובאיזה שלב נמצאים הליכי התכנון? האם בני-הרשות זכאים לקבל פיצוי עבור פיננים? אם הפינוי נובע מהליכי תכנון מחדש של המקרקעין ובאותן נסיבות שבהן בני-הרשות אכן זכאים לקבל פיצוי עבור פיננים, מתעוררות שאלות נוספות: האם התכנון החדש מאפשר פיצוי במתכונת של המשך המגורים במקום במסגרת הבנייה המתוכננת בו? האם תוכנית הפיצוי מביאה בחשבון את העדפותיהם של בני-הרשות והזיקות שיצרו במקום כמו גם לקהילה שנוצרה בו? אין צריך לומר שהאיזון בין השיקולים מסור לרשות. זאת ועוד, האיזון הנאות בין השיקולים עשוי להשתנות ממקרה למקרה. כך, אם מקרקעין מתוכננים לשימוש ציבורי שאינו מתיישב עם המשך המגורים

במקום (בשל תכנון של אזור תעשייה, שמורת טבע וכיוצא באלה) אין ספק שקטן, ולעתים אף נעלם לחלוטין, המשקל שיש לתת לאינטרס של בני-הרשות להישאר במקום. יודגש כי מדובר במארג כולל של שיקולים שעל הרשות לשקול בטרם היא מפנה את בר-הרשות מן המקרקעין, ואין צריך לומר שאין לו "זכות וטו" אינהרנטית כנגד תכנון השטח בו הוא מתגורר. במדינה שבה מלאי הקרקעות הוא מוגבל ביותר הרשויות נדרשות, ולעיתים אף חייבות, לבטל רשות במקרקעין, למשל לצורך ציפוף הבנייה תוך התחשבות בצרכי הזורות הבאים (ראו: דפנה ברק-ארז ואורן פרז "תכנון במקרקעי ישראל: לקראת פיתוח בר-קיימא" משפט וממשל ז 868 (2005)). אולם, לצד זאת, ברי כי ביטול רשות היא פעולה מנהלית שחייבת להיעשות על בסיס הנמקה ובאופן סביר ובמובן זה האינטרסים של בני-הרשות, קל וחומר כאשר עסקינן בבני-רשות המתגוררים במקום עשרות שנים, חייבים אף הם להישקל בטרם מתקבלת ההחלטה (ראו והשוו: רע"א 7244/13 סאלם נ' עזבון המנוח גרשון ולכינסקי ז"ל, פסקה 19 (18.2.2014)).

9. הדואליות הפרוצדורלית – המקרה שבפנינו הוא מורכב לא רק משום שהוא משלב בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, אלא גם משום שחולשות עליו גם שתי מערכות פרוצדורליות – זו של הליכי התכנון וזו של הליכי הפינוי. ההליך התכנוני מתנהל בגופי התכנון, וניתן להשיג עליו, בסופו של דבר, במתכונת של עתירה מינהלית. לעומת זאת, הליך הפינוי נעשה במסלול נפרד, על-פי רוב על דרך הגשת תביעת פינוי (ראו גם: חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), התשמ"א-1981). בגדרי ההליך התכנוני רשאים בני-הרשות המתגוררים בשטח שהמדינה חפצה לתכנן מחדש לטעון כי יש להימנע לחלוטין מתכנון כזה ולהותיר את המצב על כנו, או כי התכנון מחדש צריך להתחשב בהעדפותיהם ובקהילה שיצרו במקום. לעומת זאת היקף הטענות שניתן להעלות במסגרת הליך הפינוי תלוי בשאלה האם ההליך התכנוני הוא בבחינת "שיר מזמור לעתיד לבוא" או שכבר הושלם. ככל שההחלטה על הפינוי מתקבלת כאשר הליך התכנוני טרם החל – יכולים בני-הרשות לטעון במתכונת רחבה כנגד הצורך בפינויים ומנגד המדינה יכולה להציג טעמים לפינוי שאינם קשורים לתכנון עתידי, למשל בשל הפרתם של תנאי הרשות. לעומת זאת, ככל שההחלטה על הפינוי מתקבלת לצדו של ההליך התכנוני או לאחריו – הטענות שניתן להעלות כנגדה מוגבלות לאותן טענות שלא ניתן היה להעלות בגדרו של

ההליך התכנוני. בהתאם לכך, ככל שההליך התכנוני הושלם יכולים בני-הרשות המיועדים לטעון כנגד מתכונת הפיצוי המוצעת להם, ככל שהם זכאים לפיצוי (למשל, האם היא תאפשר את הישארותם בסביבה, ככל שהדבר אפשרי במסגרת התכנון החדש, גם אם לא בבתים הקיימים), אך לא כנגד עצם הפינוי מן הבתים הקיימים במקום אם אלה אינם מתיישבים עם התכנון החדש.

10. קשרי הגומלין בין שתי מערכות הדינים האמורות הם מורכבים במיוחד כאשר המדינה מבקשת לבטל את הרשות שניתנה לבני-רשות לאחר שכבר החלו הליכי התכנון, אך בטרם אלה הסתיימו. אני סבורה כי במקרה כזה שומה על בית המשפט לבחון האם קיים טעם טוב לביטול הרשות ולפינוי בני-הרשות גם בלא קשר להליכי התכנון ומהו (כך למשל, עשויה להיות חשיבות לשאלה האם הופרו תנאי הרשות והאם הפרה זו היא מהותית). ככל שקיים טעם כזה, יורה בית המשפט על סילוק ידם של בני-הרשות, אף מבלי להמתין להכרעה בהליכי התכנון. לעומת זאת, ככל שפינויים של בני-הרשות נדרש לצורך מימוש עתידי של תכניות מתאר שטרם אושרו ואשר בני-הרשות מתנגדים להן, ככלל, ראוי לעכב את ההכרעה בתביעות לסילוק יד עד שימוצו הליכי התכנון (לרבות ההליכים המשפטיים שניתן לנקוט נגדם), שהם "המקום הגיאומטרי" הנכון לדון בטענותיהם של בני-הרשות בנוגע לתכנון המקרקעין עליהם הם יושבים. זאת, על מנת למנוע מצב שבו יתקבלו הכרעות סותרות במסגרת הליכי התכנון והליכי הפינוי המתנהלים במקביל. הליכה בדרך זו גם תאפשר לרשויות המתכננות מחדש אזור שבו מתגוררים בני-רשות לבחון בלב פתוח את השאלה האם השימוש החדש המיועד למקרקעין מאפשר את המשך מגוריהם של בני-הרשות במקום, בשים לב למכלול הנסיבות, ובכלל זה משך הזמן שבו ישבו במקום. דרך זו תאפשר להביא את האינטרסים של בני-הרשות בחשבון כאשר מתוכננים מחדש מקרקעין אלה, במיוחד כאשר עסקינן בבני-רשות אשר מתגוררים במקום שנים רבות ואשר לא פלשו אליו, אלא התיישבו בו מלכתחילה בהסכמת הרשויות הרלוונטיות.

11. אם כן, צודק חברי המשנה לנשיאה כי אי-מיצויים של ההליכים המשפטיים בכל הנוגע להליך התכנון מגביל במידה רבה את היקף הסוגיות הנבחנות בפנינו. ההליך התכנוני הוא המסגרת המתאימה לבחינת האיזון הראוי בין האינטרסים של

בני- הרשות, לרבות הזיקות שיצרו למקומם ולהסתמכותם על הרשות שניתנה להם לבין הצורך הציבורי בתכנון החדש, כמו גם לבחינת השאלה של מציאת הפתרונות להמשך ישיבתם של בני-הרשות במקום במסגרת התכנון החדש.

המסגרת הנורמטיבית: הלכה למעשה

12. חברי בוחן את שאלת סבירותה של ההחלטה לפנות את המבקשים מן המקום שבו הם יושבים תוך הדגשת שני שיקולים: המדיניות הנוגעת להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב והעובדה שפינויים של המבקשים מלווה בתוכנית הוגנת לכאורה של פיצוי במתכונת של הקצאת מגרשים ביישוב בדואי אחר בנגב (הכוללת הקצאת מגרשים לכלל הגברים הבגירים בהתאם לדרישות סף של גיל). בשים לב לשני נתונים אלה, חברי סבור כי ההחלטה שהתקבלה היא סבירה. דעתי שונה. אכן, אין ספק שמדובר בנתונים רלוונטיים. אולם, במסגרת ההחלטה על הפינוי, בדגש על מתכונת הפיצוי הכרוך בו, המדינה כלל לא שקלה נתון חשוב נוסף, ואף קריטי – העובדה שהמבקשים הם בני-רשות במקום זה עשרות שנים. בעניין זה המדינה התבססה על מידע מוטעה לפיו המבקשים הם מסיגי גבול. גרוע מכך: המדינה לא חזרה ושקלה את החלטותיה משהתגלו העובדות לאשורן. היא לא שקלה כלל את הזיקה שפיתחו בני- הרשות למקום מושבם, את מידת ההסתמכות שלהם על הרשות ואת עוצמת הפגיעה בהם לאחר עשרות שנים שבהן ישבו במקום. לשיקולים אלה יש כאמור משמעות מהיבטם של דיני הקניין, המכירים בכך שביטולה של רשות אינו עניין של מה בכך לאחר עשרות שנים. יש להם משמעות גם מהיבטו של המשפט הציבורי, האמון על חובת ההגינות, כמו גם על החובות הנגזרות ממנה, ובהן החובה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, וכן לבסס החלטות מינהליות על תשתית עובדתית נכונה.

13. על רקע כל אלה, אני סבורה שנכון לבחון את המקרה שבפנינו בשים לב למאפייניו המיוחדים: העובדה שמדובר במי שאין כל טענה להסגת גבול מצדם, מי שהיו בני-רשות והתיישבו במקום על-פי הנחיותיה של המדינה, קרי הם אף אינם בני- רשות מכלל לא אלא קיבלו רשות מפורשת להתיישב במקום. דווקא על רקע השיקולים הנוגעים להגנה על מקרקעי ציבור מפני מסיגי גבול, אני סבורה שעל

המדינה לנהוג בהגינות בבחינת עניינם של מי שאין כל טענה של הסגת גבול כלפיהם.

הטעם הראוי

14. למעשה אין מחלוקת בענייננו כי המבקשים זכאים לקבל פיצוי בגין פינויים מן המקרקעין, שכן אף המדינה מציעה להם פיצוי כזה. יתרה מכך, אף חברי מכיר במאפייניהם המיוחדים של המבקשים, וקורא לנהוג בהם בהגינות. הוא אף מוסיף, בשולי פסק דינו, המלצה לשקול להעניק למי מהם שירצה בכך הטבה מסוימת במסגרת מכרזי השיווק בישוב החדש חירן. הדברים נכוחים, אך לשיטתי אין בהם די. אכן, משוועדת העררים דחתה את עררם של המבקשים במסגרתו ביקשו, למצער, להכשיר את בתיהם במסגרת תוכנית המתאר לישוב חירן, וכיוון שהמבקשים לא תקפו החלטה זו, הרי שיש להתייחס אליה כעובדה מוגמרת, וקשה לראות כיצד יוכלו המבקשים להמשיך ולהתגורר בבתיהם שאינם תואמים לתכנון שהפך לסופי.

15. יחד עם זאת, משהתברר כי המבקשים הם בני-רשות ולא מסיגי גבול, הרשויות היו חייבות להפעיל שיקול דעת מחודש באשר למתכונת הפינוי ולפיצוי שיוענק לתושבים במסגרת הליכי הפינוי. זאת הן לא עשו, אלא המשיכו לעמוד על החלטה שמלכתחילה התבססה על תשתית עובדתית מוטעית, וממילא על שיקולים חסרים שהותאמו אליה. המסקנה שאליה מגיע חברי אינה נותנת ביטוי מעשי לכך שהחלטה על הפינוי ובעיקר הפיצוי הכרוך בו הפרה את כללי המשפט הציבורי, ולכן אין מקום לכך שבית המשפט יאפשר לבצעה, במתכונתה המקורית, מבלי להפעיל שיקול דעת מחודש. תוצאה זו משתלבת גם בכך שפסיקתו המסורתית של בית משפט זה הקפידה על כך שכאשר מוגשת נגד מחזיקים במקרקעין תביעה בגין סילוק יד, ובמהלכה מתברר כי לאמיתו של דבר הם בני-רשות, תידחה התביעה (ראו: ע"א 444/65 פריצקר נ' שאהין, פ"ד כב(1) 675 (1966)). ייתכן שהגיעה העת לבחון מחדש האם הלכה זו יפה לכל מקרה שבו התברר במהלך ההליך המשפטי כי המחזיקים אינם, לאמיתו של דבר, מסיגי גבול. אולם, אין ספק שזוהי ההלכה המחייבת בעת הנוכחית, ומכל מקום, היא יפה במיוחד בעניינם של בני-

רשות ששיבתם על הקרקע נבעה מהוראה מפורשת של הרשויות, להבדיל מרשות מכללא שלה ניתן לטעון ברבות השנים. אם כן, כפי שציינו כבר הערכאות הקודמות שדנו בתיק, לא היה מקום להגשת התביעה במתכונת שבה הוגשה. התוצאה היא שהן מבחינת סדרי הדין והן מהיבטו של המשפט הציבורי המהותי אין מוצא מן המסקנה שנפלו פגמים באופן שבו הוגשה התביעה, ואף המשיכה להתנהל מבלי שהרשויות הפעילו שיקול דעת מחודש בעניין.

16. אשר על כן, אני סבורה שעל הרשויות לחזור ולבחון את מתכונת הפיצוי שיוענק למבקשים במסגרת הפינוי, בשים לב, בין השאר, לכך שהמבקשים הם כאמור בני-רשות המתגוררים במקום כשישים שנה, וכן לכך שהמדינה מציינת בתוקף כי הישוב החדש אינו בעל אופי ייחודי והוא פתוח לכל אדם, ובכלל זאת למבקשים עצמם אם יחפצו בכך. כך, למשל, המדינה יכולה לשקול את האפשרות להציע למבקשים (וכן למי מבין תושבי המקום הנוספים שיוכיחו כי הם בני-רשות במקום מזה שנים רבות) אפשרויות נוספות לקבל פיצוי, מלבד המעבר לחורה, ובכלל זאת האפשרות של קבלת מגרש ביישוב החדש חירן, על פי גודל המגרשים המתוכנן בישוב זה (הקטן מגודל המגרשים המוצע למבקשים בחורה) חלף קבלת המגרשים שהוצעו להם בחורה (וזאת בהתחשב בעובדה שאף המדינה ציינה בתגובתה מיום 5.10.2014 את האפשרות של הענקת פיצוי למי מהמבקשים שיהרוס את ביתו וירכוש מגרש בחירן). בנוסף, המדינה צריכה לשקול אף את מועד הפינוי, בשים לב לכך שעיקוב הפינוי עד לתחילת ביצועו של התכנון בחירן יכול לפתוח דרך לחלופה של פיצוי באמצעות קבלת מגרש במקום ובנייה עליו בהתאם לתכנון החדש. זו אינה האפשרות היחידה, אך ראוי היה לבחון אף אותה בלב פתוח ובנפש חפצה. ייתכן שהפיצוי המוצע בחורה הוא נדיב יותר מבחינת הנכונות להקצות מגרשים גדולים יחסית, ואף לדור הבנים, אולם אין בכך כדי לסתום את הגולל על בחינתן של אפשרויות אחרות. מאחר שלא נטענו בפנינו טענות בעניין זה אינני נדרשת אף לשאלות שעשויות היו להתעורר לנוכח ההעדפה של מתכונת הפיצוי שנבחרה להקצאת מגרשים על בסיס מגדרי, שאלות שיש להן היבטים מורכבים בהקשר כמו זה שבפנינו. מכל מקום, כפי שצינתי לעיל, לא ניתן לתקוף בגדרי ההליך דגן את תוכנית המתאר החלה על המקרקעין, וכן לא ניתן

לתקוף בגדרו את צווי ההריסה שהוצאו כנגד הבתים שבנו המבקשים ללא היתר. יחד עם זאת, חובתם של המבקשים להרוס בתים אלה אין משמעה כי ניתן, במסגרת הליכי הפינוי, להתעלם לחלוטין ממעמדם כבני-רשות במקום ומן הקהילה שיצרו בו.

17. באשר להערתו האחרונה של חברי אוסיף ואבהיר, כי איני רואה עין בעין עמו כי יש בהצעה זו כדי לעכב את הקמת היישוב. התוצאה של פסק דיני מכוונת לפיצוי שיינתן במסגרת התכנון הקיים, ולא הוצג בפנינו כל נתון המצביע על כך שפיצוי מסוג זה או דומה לו יביא לעיכוב בהקמת היישוב.

18. סוף דבר: אמנם, המבקשים אינם יכולים לקבל את מלוא הסעדים שביקשו, לאחר שלא מיצו את דרכי התקיפה של התכנון באזור. אולם, לא ניתן גם להשלים עם הפגמים שנפלו בהתנהלותן של הרשויות בכל הנוגע להחלטה על הפינוי והפיצוי הכרוך בו. אני סבורה כי צריך להיות ביטוי מעשי – להבדיל מהמלצה בלבד – לעקרונות שהתווה חברי בחוות דעתו. לכן, לו תישמע דעתי, נקבל את הערעור ונורה למדינה לשקול מחדש את הפיצוי שיוענק למבקשים במסגרת הליכי הפינוי, תוך בחינת האפשרות לשמר את זיקתם לסביבת מגוריהם, כאמור בפסקה 16 לעיל.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה.

ניתן היום, ט"ז באייר התשע"ה (5.5.2015).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה