

1. בין יוסף עודה סלאמה הדאלין ת"ז 998725568
 2. עאישה עלי סלימאן הדלין ת"ז 990840423
 3. וטפה אבראהים רעיד צראיעה פקיר ת"ז 900691239
 4. תמאם אבראהים מחמד הלין ת"ז 998450381
 5. פאטמה מוסא מחמד אל מסרי (אין תעודת זהות)
 6. פאטמה חסן סוילם צראיעה ת"ז 901556969
 7. סלאמה מוסא סלאמה צראיעה ת"ז 943583138
 8. עלי מוחמד מרזוק אלהדלין ת"ז 851841353
 9. סלימאן עלי אברהים אבדור 900383738
 10. מרים סלימאן מחמד צראיעה ת"ז 900383373
 11. עידה סלמאן סלימאן אל תבנה ת"ז 945140226
 12. חלימה עודה עואד הדאלין ת"ז 964375828
 13. פאטמה עוד עלי הדלין ת"ז 957680457
 14. שומרי משפט- רבנים למען זכויות אדם (ע.ר.).
- באמצעות עו"ד נטע עמר משומרי משפט- רבנים למען זכויות אדם
רחוב עזה 42, ירושלים 92384
טלפון: 02-5637731
פקס: 02-5662815

1. לבין מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
 2. תא"ל אילן פז, ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית, בית אל
 3. מועצת התכנון העליונה בגדה המערבית, המנהל האזרחי בבית אל
- באמצעות פרקליטות המדינה
רחוב צלאח א-דין 29 ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

עניינה של העתירה הוא עצם קיומו של שבט ההדלין באיזור חשם אל דרג'. ללא הכרה פורמלית בזכותם של בני השבט להתגורר באיזור מוצאים אלו את עצמם במצב בו מצד אחד המשיבים כולם או חלקם מכירים דה-פקטו בזכות השבט להתגורר בשטח, בעוד מצד שני, הם מסרבים להעניק לבני

השבט הכרה דה-יורה. זאת, למרות מעמד השבט כבעלי הקרקע ולכל הפחות, כבר-רשות בו. לשיטת המשיבים אמורים בני השבט לחיות תלויים בין הקרקע לעננים בפחונים לעולמי עד, נתונים לפחד יומיומי שבתיהם יהרסו על ראשם. בכך, מפרים המשיבים את האחריות החוקית המוטלת על כתפם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי והמשפט הציבורי, המנהלי והחוקתי הישראלי.

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על מתן צו על תנאי המכוון את המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא תוכר זכותם הקניינית של בני שבט ההדלין-צראעיה, על האדמה במקומות מגוריהם המסורתיים והקבועים בהם הם מעבדים אדמותיהם ורועים צאנם, באיזור חשם אל דרג'- חשם אל כרם, נפת חברון (להלן- שבט ההדלין או השבט)?
2. מדוע לא תבוטל דרישת ועדת המשנה לפיקוח על הבניה של המנהל האזרחי בבית אל מבני השבט, בהחלטתה מיום 25.11.2004 בתיקים, שמספרם ח' 105-115/04, 172/03 (להלן- ועדת הפיקוח והחלטתה, בהתאמה) לרשום את הקרקע ברישום ראשון, כתנאי לקבלת בקשותיהם להיתרי בניה?
3. א. מדוע לא ינקט הליך פורמלי הידוע בשמו כהליך "קיבוע" של בני השבט בגבולות איזור המגורים של השבט על פי האיזור המיושב בדרך קבע, ויותר לבני השבט לבנות בתיהם על פי צרכיהם ותרבותם הייחודית במסגרתו, כפי שנעשה לשלושת השבטים הסמוכים – זווידין, אל פקיר ונג'אדה בשנת 1984?
- ב. לחילופין, מדוע לא תוכן לכל הפחות תכנית מתאר מקומית בסיסית, שעיקרה סימון "בקו כחול" של גבולות איזור המגורים של השבט על פי האיזור המיושב בדרך קבע כיום, כך שבני השבט יוכלו לבנות בתיהם, עלפי צרכיהם ותרבותם הייחודית במסגרתו?
4. א. במידה ויוכח, כי איזור מגורי השבט מצוי בתוך שטח אש 917, כטענת ועדת הפיקוח, מדוע לא תבוטל ההכרזה על השטח כשטח אש באיזור בו מתגוררים בני שבט ההדלין, מעבדים אדמתם ורועים צאנם?
- ב. לחילופין, בגבולות האיזור שיקובע ו/או בגבולות תכנית המתאר המקומית, שתוכן, מדוע לא ינתן אישור כללי מטעם צה"ל לבני השבט לבנות בתיהם בתוך שטח האש, במידה ואכן יוכח קיומו, ללא צורך באישור פרטני לכל בן שבט בנפרד?
5. מדוע לא תבוטל החלטת ועדת הפיקוח מיום 25.11.2004 להשאיר את צווי ההריסה בתיקים שעמדו לדיון בפניה על כנם?

בקשה לצו ביניים

כמו כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על:

1. הקפאת צווי ההריסה המפורטים בהחלטת ועדת הפיקוח מיום 28.11.2004 שמספרם ח' -105-115/04, 172/03, עד למתן החלטה בעתירה זו.
2. הקפאת צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה סופיים בכל איזור המגורים של בני השבט הכולל בין השאר את שמות האיזורים הספציפיים הבאים המצויים בחשם א-דרג'-חשם אל-כרם: אמת סאלם, רביעה, מעז א-סילמי, רג'ם א-שייב, ל-חוקראת, מרגע אל חורג', א-טוויל רברהים, אם א-רגבה, וזוריבת, ביר אל שירקה, ספרה רוונד, א-ראיה, א-דוויריה, ווקף א-ד'אהב, חנווה אל ביטאר, אל גילתה. כל זאת, עד למתן החלטה בעתירה זו.

ואלו נימוקי הבקשה:

1. על פי החלטת ועדת הפיקוח, עתידים להיהרס 12 מבני אבן שרובם ככולם חדר אחד, 2 מבני שירותים קטנים עם בורות ספיגה ובאר מים אחת, בהם מתגוררים ומשתמשים בהתאמה כ- 105 נפשות.
2. הריסת בתי העותרים והמבנים הנלווים להם מהווה צעד בלתי הפיך.
3. מדובר בסוגיה מורכבת הכוללת החלטה שגויה מעיקרה של ועדת הפיקוח הנוגעת לזכויותיהם הבסיסיים של העותרים כבני אדם, לקורת גג, לתנאי מחיה מינימליים, לתכנון, לקניין, לפיתוח ולכבודם האנושי.
4. פרט לצווי ההריסה הספציפיים של העותרים, מעלים העותרים ביחד עם עותר מס' 1, מוכתר שבט הדלין, שיח' יוסף, סוגיה רחבה הנוגעת לכלל תושבי השבט באיזור המדובר ויש להחלטת בית המשפט הנכבד בעתירה זו השלכה ישירה לגורל בתיהם של שאר תושבי השבט.
5. הוצאתם לפועל של צווי הריסה נוספים שניתנים לשאר בני השבט, הבונים בתיהם במסגרת איזור ישובם הקבוע מזה דורות רבים, עלולה לסכל את מטרת העתירה הנוכחית, שהיא הסדרת נושא המגורים באמצעות תכנון סביר של בני שבט הדלין, במסגרת החוק.
6. למשיבים לא יגרם כל נזק, במידה ויוקפא ביצוע צווי ההריסה כמבוקש.

העותרים

1. העותר מס' 1, שיח' יוסף, הינו המוכתר של שבט הדלין משנת 1979 ועד היום.
2. התיאור העובדתי נסמך על תצהירו של העותר מס' 1 המצ"ב ועל תצהיריהם של העותרים -13 בני השבט.
2. העותרת מס' 2 הינה ילידת 1930 ומתגוררת באופן רציף בחשם א-דרג' מתקופת השלטון הירדני. היא, בעלה ובני משפחתה התגוררו באוהל עשוי מפלסטיק ומשקים עד לפני כשנה. המשפחה בנתה בית אבן לפני כשנה עקב כניסת מטר לאוהל בתקופת הגשם, באופן שלא איפשר

למשפחה להמשיך ולהתגורר בו. לעותרת ובעלה יש ילדים מבוגרים בשנות ה-20 וה-30 לחייהם, ובית האבן אמור לשמש בין השאר את אחד מהם, במידה ויתחתנו. האוהל הישן הפך להיות מטבח. פרנסת המשפחה על צאן וחקלאות.

ביום 1.8.2004 קיבלה העותרת צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13786 המסומן ח' 110/04. העותרת הגישה בקשה להיתר בניה, וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתה.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן א'.

מצ"ב העתק הפרוטוקול בדיון בפני הועדה והחלטתה ומסומן ב'. החלטת הועדה מתייחסת לעותרים 2-13.

מצ"ב העתק צילומים של הבית החדש והישן ומסומן ג'-ד'.

3. העותרת מס' 3 מתגוררת בחשם אל דרג' מזה כ- 10 שנים. היא היתה גרה בצריף כל השנים עם 4 ילדיה הקטינים ובעלה. בעלה נפטר לפני כשנה והיא הפכה אלמנה, המגדלת את ילדיה בקושי רב. כיוון שצריפה היה ליד הואדי, והגשם היה סוחף את הצריף וכל רכושה נהרס כל עונה מחדש היא בנתה בית אבן במעלה הגבעה. בית האבן מרוחק מספר מטרים ממקום הצריף הישן. פרנסת המשפחה על צאן וחקלאות ואין להם מקום אחר ללכת אליו.

ביום 1.8.2004 קיבלה העותרת צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13381 המסומן ח' 112/04. העותרת הגישה בקשה להיתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתה.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן ה'.

4. העותרת מס' 4 הינה ילידת שנת 1964 ומתגוררת באום אל ח'יר, חשם אל-דרג'. העותרת היא קיבלה את צו ההריסה, שכתוב על שם בעלה מוחמד מוחמד אל הדלין, יליד חשם אל-דרג' גם הוא. המשפחה מונה את ההורים, 3 ילדים בגירים ו-12 קטינים. המשפחה מתגוררת כל חייה בחשם אל-דרג' ומתפרנסת מרעיית צאן וחקלאות. מזה כ- 22 שנים מעת שהתחתנו בני הזוג התגוררה המשפחה באוהל. לפני כשנתיים בנתה המשפחה בית אבן כדי שיוכלו לתת חיים לילדיהם ומקום לגור בו. בנוסף בנתה המשפחה באר מים כדי שיהיו לה מים לשתיה, בגלל מצוקת המים במקום, למרות שבגלל אופיה, הבאר לא אוגרת מי גשמים רבים.

ביום 16.3.2004 קיבלה העותרת צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 12527 המסומן ח' 172/03, על שם בעלה, מוחמד אחמד מוחמד אל הדלין. בעלה ביקש היתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן ו'.

5. העותרת מס' 5 הינה בת 48 ומתגוררת בחשם אל דרג' עם בעלה, מוסא אחמד ח'ליל אל הדאלין, גם הוא יליד חשם אל דרג' מזה כ-30 שנה. בעלה של העותרת נשוי לשתי נשים נוספות, גם הן תושבות חשם אל דרג' – מע'ידה אלהלילל מרזוק אל הדאלין ופאטמה מוסא סלמה אל פקיר. לשלוש הנשים יש סך הכל 21 ילדים. כל אשה חיה בנפרד בפחונים. מע'ידה מתגוררת בפחון שמרחקו כמטר מחדר האבן החדש שבנתה המשפחה. חדר האבן נבנה לאחד מן הבנים, צייאח, בן 24 שעתיד להתחתן. הסיבה לבניית החדש היא חוסר תפקודם של הפחונים כמחסה וקורת גג סבירים. המים בתקופת הגשמים נכנסים ומציפים את רצפת הפחונים ואף נוזלים מהתקרה. התקרה עשויה פח שעולה גם הוא יקר, 84 ש"ח ללוח פח אחד. המים הורסים את חפצי הבית.

ביום 1.8.2004 קיבל עו"ד מוסא מח'אמרה צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13400 המסומן ח' 115/04, על שם בעלה של העותרת, מוסא אחמד ח'ליל אבו עליה (הדלין). בעלה ביקש היתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן ז'.

6. העותרת מס' 6 הינה תושבת חשם אל דרג' מזה כ- 14 שנים, עת התחתנה עם בעלה, סלאמה מוסא סלמאן צרעאיה. לבעלה אשה נוספת. כל השנים היתה המשפחה מתגוררת בפחון. לפני כשנה בנתה המשפחה חדר אבן במרחק כמה מטרים מהפחון הישן, בגלל מי הגשמים שהיו יורדים והיו הורסים את הפחון. בכל מקרה, גגו של חדר האבן כיום אף הוא עשוי מלוחות פח. כמו כן, מבנה האבן עוזר לחיי המשפחה המשותפת.

ביום 1.8.2004 קיבלה עו"ד מוסא מח'אמרה צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13402 המסומן ח' 114/04, על שם בעלה של העותרת, סלאמה מוסא סלמאן צרעאיה. בעלה ביקש היתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן ח'.

7. העותר מס' 7 הינו יליד חשם אל דרג' בשנת 1971. העותר סובל מזה כ- 10 שנים מבעיה בגפיו המקשה עליו מאוד ללכת ולעבוד. העותר נשוי ולו 5 ילדים קטינים המתגוררים איתו. העותר התגורר באוהל (בית שער) מאז יום הולדתו ועד תקופה מסויימת לאחר שהתחתן. אז בנה פחון ושם התגורר עד שבנה חדר מאבן בצמוד לו. לפני כשנה בנתה המשפחה חדר אבן נוסף בצמוד לחדר האבן הקודם עקב מצבו הבריאותי של העותר וצרכי המשפחה.

ביום 1.8.2004 קיבלה עו"ד מוסא מח'אמרה צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13401 המסומן ח' 113/04, על שם העותר. העותר ביקש היתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן ט'.

8. העותר מס' 8 הינו יליד חשם אל דרג', איזור רביעה בשנת 1975. העותר נשוי מזה כשנה וחצי ולו בן בן 5 חודשים. כשהתחתן בנה העותר חדר אבן, עם גג פח, במרחק של כ- 10 מטרים מבית אביו, על מנת שיוכל להתגורר בו עם משפחתו. לפני כן היה מתגורר בצריף עלוב עם משפחתו.

ביום 1.8.2004 נתלה על חדר האבן של העותר צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13403 המסומן ח' 111/04, על שם העותר. העותר ביקש היתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן י'.

9. העותר מס' 9 הינו יליד חשם אל דרג', בשנת 1975. עד נישואיו של העותר היה העותר מתגורר במשפחת אביו, המרוחקת כחצי ק"מ מהפחון אליו עבר לאחר נישואיו. העותר נשוי ולו 6 ילדים קטינים, ומתפרנס מרעיית צאן וחקלאות. כל השנים המשפחה היתה מתגוררת בצריף פח. לפני כשנתיים בנתה המשפחה בסמוך לפחון חדר אבן בגלל החום הצורב בקיץ והגשם והקור בחורף, שהפכו את הפחון לבלתי ראוי למגורים ולשימוש. חדר האבן משמש את המשפחה ללינה בשעה שחלק מהצריף נהרס על ידי העותר וחלקו משמש כמטבח.

ביום 20.7.2004 נתלה על חדר האבן של העותר צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13380 המסומן ח' 107/04, על שם העותר. העותר ביקש היתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן יא'.

מצ"ב העתק צילומים של הבית החדש והישן ומסומן יב', יג', יד'.

10. העותרת מס' 10 הינה ילידת חשם אל דרג', כמו בעלה, מחמד סלאמה מחמד סייילה. בעלה של העותרת חי כל חייו באוהל הממוקם מספר מטרים מחדר האבן החדש אותו בנתה המשפחה לאחרונה. הזוג נשוי מזה כ- 10 שנים שבמהלכם היה מתגורר בצריף פח עם 4 ילדיהם הקטינים. היום העותרת הינה בהריון. לפני כשנה בנתה המשפחה חדר אבן בסמוך לצריף הישן, כיוון שהפחון בו היו מתגוררים היה מסוכן ולא ראוי למגורים. הילדים היו חולים בגלל הגשם שחדר לתוך הפחון. חדר האבן משמש את המשפחה ללינה ונבנה בעיקר בשביל הילדים ומאז מצבה של המשפחה יותר טוב.

ביום 1.8.2004 נמסר לבעלה של העותרת צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13382 המסומן ח' 108/04, על שמו. בעלה ביקש היתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן טו'.

11. העותרת מס' 11 הינה ילידת חשם אל דרג', משנת 1937 וכל חייה מתגוררת עם בני משפחתה שם. העותרת הינה אימו של סלימאן עודה עווד א-תבנה, שנולד גם הוא בחשם אל דרג'. העותרת היתה מתגוררת עם משפחת בנה, המונה את אשתו ו- 5 ילדיו הקטינים כל השנים במשך כ- 20 שנה בצריף פח, עצים ותריסים ישנים ששימשו כקירות. זאת, מאז שהצבא העביר חלק מתושבי הדלין מאיזור אל גלת לאיזור אחר בתוך חשם אל דרג'. לפני כשנתיים בנתה המשפחה חדר אבן המשמש אותה ללינה, כיוון שמים נכנסו בתקופת הגשם דרך גג הפחון והפכו אותו לא ראוי למגורים. אף גג של חדר האבן החדש עשוי מפח ועליו מונחות אבנים לייצובו. ליד החדר בנתה המשפחה שירותים קטנים, כ- 2 מ"ר. המשפחה משתמשת בפחון הישן לאחסון בגדים, לכיבוס בגדים. למשפחה יש אוהל המשמש אותה כמטבח.

ביום 20.7.2004 נמסר לעותרת צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13404 המסומן ח' 105/04, על שם בנה. בנה הגיש בקשה להיתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן טז'.

מצ"ב העתק צילומים של הבית החדש והישן ומסומן יז', יח', יט'.

12. העותרת מס' 12 ובעלה, חליל עודה סלאמה, הינם ילידי אל גילתה בחשם אל דרג'. מאז שנישאו, לפני כ- 16 שנה התגוררו באוהל עם ילדיהם. כיום יש להם 7 ילדים קטינים. לפני כשנה בנתה המשפחה חדר אבן במרחק כ- 1-2 מטרים מהאוהל, בגלל שבאוהל הילדים היו סובלים מאוד. היה להם קשה בגשם ובקור, כל פעם שניסו להביא ניילון לכסות את האוהל זה לא הגן עליהם מספיק. כיום הם משתמשים באוהל בתור מטבח והמשפחה ישנה בחדר האבן.

מדברי העותרת:

"אם יהרסו לנו את הבית מבטון – לאן נלך? האם נמות? איפה נחיה אם לא פה?"

ביום 20.7.2004 נמסר לעותרת צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13398 המסומן ח' 107/04 על שם בעלה. בעלה הגיש בקשה להיתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן כ'.

13. העותרת מס' 13 ובעלה, אברהים עודה נולדו בחשם אל דרג' וכל חייהם הם מתגוררים שם. בעלה הינו יליד אל גילת. מזה כ- 12 שנים, עת שנישאו הם התגוררו עם משפחתם בפחון קטן מאוד, ששטחו כ- 9 מ"ר שהיה עשוי מפח ומעץ דק, שלא היה טוב לבריאות המשפחה, בין השאר בגלל הצפיפות הנוראה בבית. כיום יש למשפחה 5 ילדים קטינים. המשפחה מתפרנסת מרעיית צאן ועיבוד אדמה. חמתה של העותרת מתגוררת לידם בפחון קטן. המשפחה רצתה לשפר קצת את מצבה הקשה ומצבם הקשה של הילדים, שסבלו בקיץ החם מאוד ובחורף מהגשם שנכנס לפחון, והחלו לבנות חדר אבן גדול לשינה ושירותים קטן לצידו. עקב צו ההריסה המשפחה הפסיקה את העבודות בחדר הבטון ולא השלימה את הגג. למשפחה יש סוכה קטנה ליד העשויה משקי פלסטיק המשמשת למטבח קטן. העותרת ציינה את מצבה הכלכלי הקשה שאפילו לשלם לרופא אין להם.

ביום 20.7.2004 נמסר לעותרת צו סופי להפסקת עבודה ולהריסה מס' 13379 המסומן ח' 106/04, על שם בעלה של העותרת. בעלה הגיש בקשה להיתר בניה וביום 25.11.2004 התקיים דיון בפני ועדת המשנה לפיקוח בעניין והועדה דחתה את בקשתו.

מצ"ב העתק צו ההריסה ומסומן כא'.

14. העותרת מס' 14 הינה עמותה רשומה בישראל שמטרתה לפעול למען חיזוק המסורת היהודית של זכויות האדם.

הרקע העובדתי

האיזור

1. על פי מוכתר הכפר האיזור בו מתגורר שבט ההדלין הוא איזור המצוי בין חשם אל-דרג' לחשם אל-כרם ומתייחסים אליו באופן מסורתי וכללי כאיזור חשם אל דרג'. האיזור, המצוי בשטח C על פי הסכם הביניים בין מדינת ישראל לאש"פ משנת 1995, הינו בבעלות בני שבט ההדלין וכולל את המקומות הספציפיים הבאים, למיטב זכרונו של שיח' יוסף: אמת סאלם, רביעה, מעז א-סילמי, רג'ם א-שייב, ל-חוקראת, מרגע אל חורג', א-טוויל אברהים, אם א-רגבה, ווזרייבת, ביר אל שירקה, ספרה רוונד, א-ראיה, א-דוויריה, ווקף א-ד'אהב, חנווה אל ביטאר, אל גילתה.

מצ"ב העתק מספר תמונות של שבט ההדלין להמחשה ומסומן כב(1)-(6).

2. בסמוך לשבט ההדלין ישנם איזורים השייכים לבני שלושה שבטים אחרים: זווידין, אל פקיר ונג'אדה.

נושאי המגורים והחזקה על הקרקע, כמו נושא האימונים הצבאיים נסמכים על תצהירי העותרים, בנוסף על תצהיר המוכתר.

המגורים והחזקה על הקרקע

3. על פי מוכתר הכפר ומדברי העותרים שבט ההדלין, המונה כ- 1,200 תושבים מתגורר באיזור חשם אל דרג'-חשם אל כרם מקדמא דנן. האדמה שעליה מתגוררים בני השבט, בה הם רועים צאנם ומעבדים אדמותיהם שייכת לבני השבט, ועליה פרנסתם. כך האדמות באיזור זה מחולקות בין השבטים באופן מסורתי והיסטוריה, למרות שאין כל תיעוד על כך בכתב. שיח' יוסף מפרט, כי האיזור סביב חברון ויטא נקרא "מספרה" מלשון "סיפר" שהוא, אפס. השם ניתן בתקופת

המנדט הבריטי, באופן המסמל את העדר תשלום מס המקרקעין באותו האיזור. למרות שבני השבט לא שילמו מס מקרקעין, הם התגוררו באיזור זה לאורך כל השנים ועד היום, אין האיזור רשום באף ספר מקרקעין או ספר מיסים, על שם תושבים אחרים ואין טענה נגדית של אף בעלי קרקע על זכויות קניין באיזור המדובר.

4. מזה עשרות שנים התושבים מתייחסים לקרקע כבעלותם והם מוכרים וקונים קרקעות בינם לבין עצמם. כל בן שבט יודע מהי חלקתו.

מצ"ב שני העתקי הסכמי מכר (חיג'ה) משנת 1956 ו-1994 ומסומנים כג'(1)+(2).

5. אף עיריית יטא, אליה מיוחסות האדמות מוניציפלית העידה, כי בני השבט מתגוררים על האדמה שנים רבות ולמעשה רכשו בה זכויות.

מצ"ב מכתב מעיריית יטא שצורף להנינה ומסומן כד'.

6. שיח' יוסף מציין, כי ההיסטוריה של השבט מחולקת לתקופת טרם ותקופת פוסט-1967. הוא מבהיר, כי השבט מתגורר באיזור זה מזמן השלטון התורכי ועד 1967 היו בני השבט בתקופות בצורת עוברים למקומות אחרים בהם היה מרעה לצאנם. המבוגרים, הילדים והנשים היו תמיד נשארים באיזור.

7. משנת 1967 בני השבט מתגוררים באיזור ללא תזוזה, פרט להעברה של חלק מסויים מבני השבט בשנת 1984 על ידי צה"ל, מאיזור אל גילתה, שהיה קרוב למחנה צבאי שהוקם בזמנו ועבר מהמקום לפני כשלוש שנים. חלק מבני השבט עברו למקום בו הם נמצאים כיום ומאז לא עזבו את בתיהם.

8. בני שבט רבים רשומים בתעודות הזהות שלהם כמתגוררים במען- "חברון" ובישוב – "בדו חשם דרג".

מצ"ב לדוגמא העתק תעודות זהות של שיח' יוסף, מסומן כה', העותרת מס' 11 מסומן כו', העותר מס' 8 מסומן כז', בעלה של העותרת מס' 5 מסומן כח'.

9. אפילו בתעודות הזהות של אביו של שיח' יוסף, שיח' עודה אל הדלין שניתנה לו על ידי צה"ל בשנת 1968 כתוב שהאב הוא מחמולת אלהדלין והמעון- "מזרחית חברון". אף בערבית כתוב שהוא מאיזור "מספרה", כפי שהוסבר על ידי המוכתר לעיל.

מצ"ב העתק תעודת זהות האב ומסומן כט-ל.

שירותים ציבוריים

10. במקום מגורם של שבט ההדלין קיימים מספר שירותים ציבוריים, חלקם נבנו ביוזמה ובמימון של השלטון הצבאי בגדה המערבית המעידים על אופיה הקבוע של התיישבות שבט ההדלין במקום.

חיבור לרשת המים

11. כך בשנת 1970 השלטון הצבאי, עוד בזמן כהונתו של אביו של שיח' יוסף כמוכתר, חיבר את שבט ההדלין לקו מים שמקורו ביטא, בין השאר בעקבות בקשות של מוכתר השבט. כך קו המים עבר מיטא והתפזר לכל אחד משבטי האיזור, על פי איזור מגוריו. קו המים עבר מיטא, לכרמל, אם אל-ח'יר, זווידין, נג'אדה, אל פקיר והדלין. חיבור הדלין לרשת המים קיים עד היום באופן רצוף. כאשר יש בעיות באספקת המים בני השבט מתקשרים לרשות המים במנהל האזרחי כמו לדוגמא לאדם בשם אל-כפפי ולקמ"ט המים ששמו עזרא אפרתי, בבקשה שיבואו לתקן את הבעיה.

מצ"ב העתק שתי בקשות תשלום אחת משנת 1992 ואחת ללא תאריך ומסומן לא.

12. בשנת 1991 ביקש שיח' יוסף ממושל חברון אלי גרוסמן לקרב אל השבט את נקודת המים וקמ"ט המים בראשי קירב את נקודת המים.

בית ספר יסודי

13. בשנת 1973 החליט המפקד הצבאי באיזור שיבנה בית ספר יסודי מעורב מכיתה א' עד לכיתה ו' לתושבי שבט ההדלין. השלטון הצבאי בנה את בית הספר ובמהלך השנים הוסיפו בני השבט כיתות וגדר לבית הספר. בשנת 1999 העניקה הרשות הפלסטינית לשבט 3 כיתות. מעולם לא ניתן צו הריסה לבית הספר. על אחת מאבני הקיר החיצוני של בית הספר חקוקה כתובת ממפקדת השלטון הצבאי: "מפקדת איזור יהודה ושומרון, בית ספר זה הוקם בשנת 1973 במימון קמ"ט חינוך וועדת מס החינוך המקומית, תכנון ופיקוח, קמ"ט שכון". רק בשנים האחרונות הוספו צבעי הדגל הפלסטיני על האבן.

מצ"ב צילום של הכתובת המקורית החקוקה בקיר החיצוני של בית הספר ומסומן לב'-לג'.

מרפאה

14. באותה שנה, 1973, בנה המפקד הצבאי גם מרפאה המשמשת בעיקר לחיסון ילדים. ישנה אחות במרפאה ורופא המגיע פעמיים בשבוע. אף על כניסת המרפאה ישנו שלט מקורי שנתלה על ידי השלטון הצבאי שבנה את המרפאה, בעברית ובערבית "מרפאת צראיעה הדאלין".

מצ"ב צילום השלט המקורי בכניסה למרפאה ומסומן לד'-לה'.

בית קברות

15. לתושבי ארבעת השבטים הסמוכים, כולל שבט ההדלין היה מזה שנים רבות בית קברות ישן. בית קברות נזה נהרס על ידי כלי רכב צבאיים, למרות גידור בית הקברות על ידי המנהל האזרחי, לשמירה על בית הקברות. כיום יש לבני השבטים בית קברות חדש.

מסגד

16. לפני כעשר שנים בנו בני השבט מסגד במקום. לאחר שקיבלו צו הריסה מהמנהל האזרחי, הלך שיח' יוסף למנהל האזרחי בבית אל, לפקיד במשרד התכנון שבמנהל האזרחי ששמו עזרא לבקש היתר בניה. עזרא ענה לו שעליו להרוס את המסגד ולהשיב את המצב לקדמותו. שיח' יוסף המשיך בבקשותיו והלך לאדם בשם צביקה במנהל האזרחי ביטא. צביקה ענה לו, כי המפקד הצבאי נתן חנינה למסגד, למרות קיומו של צו הריסה.

הקמת ועדת חשמל

17. בין המנהל האזרחי ובני השבט התנהל משא ומתן להקמת ועדת חשמל מקומית.

מצ"ב העתק מכתב בנושא מיום 23.5.2995 מקמ"ט פנים במנהל האזרחי ותרגומו ומסומן לו'.

18. מהמתואר לעיל עולה, כי כבר משנת 1968 הכיר השלטון הצבאי בגדה המערבית דה-פקטו באיזור חשם אל-דרג' כאיזור מגוריהם של שבט ההדלין.

שורש חילוקי הדעות בין בני השבט לבין המנהל האזרחי בגדה המערבית

19. שיח' יוסף מחזיק בדעה, כי שורש חילוקי הדעות בין בני השט לבין המנהל האזרחי אינו על זכות בני השבט לגור ולהחזיק באדמה, כיוון שבפועל ישנה הכרה כזו. דה-יורה, לא נעשה כל מעשה לאפשר בניה חוקית באיזור. בשנת ה-80' התקיימו מגעים שונים בין שיח' יוסף לבין המנהל האזרחי בנושא סוגיית תיחום מגוריהם באיזור, אך פתרון מצד המשיבים עד היום, אין.

20. בשנת 1984 עשה המנהל האזרחי תוכניות מתאר לשלושת שבטים הסמוכים לשבט ההדלין: שבט א-זווידין, שבט אל-פקיר ושבט נג'אדה. לפני שהוכנו תוכניות המתאר הביא המנהל האזרחי את מוכתרי ארבעת השבטים לרהט והציע להם מקום מגורים משותף ומרוכז. המוכתרים כותם ענו שהם לא מצויים תחת החוק הישראלי אלא תחת הכיבוש הישראלי בגדה המערבית ולכן הם לא חייבים להסכים עם ההצעה. המנהל האזרחי עשה תוכניות מתאר לשלושת השבטים המנויים לעיל.

21. המנהל האזרחי הציע לשבט ההדלין להצטופף באיזור המערבי של חשם אל-דרג' והוסיף, כי יבנו שירותים חברתיים טובים יותר באיזור החדש. בני השבט סירבו להצעת המנהל האזרחי שמשמעה קבלת אדמה אלטרנטיבית לאדמתם המקורית, כיוון שרצו להמשיך ולהתגורר במקומות בהם הם גרים בדרך קבע מקדמא דנן. עקב כך, לא הושגה הסכמה בין השבט למנהל האזרחי ועד היום לא נעשתה תוכנית מתאר לשבט ההדלין.

22. בשנת 1987 נעשו שוב ניסיונות משא ומתן בין שבט ההדלין למנהל האזרחי שלא צלחו.

23. בקיץ האחרון, בסביבות חודש יולי 2004 הגיע רזי, פקיד מהפיקוח על הבניה במנהל האזרחי, ישב בביתו של שיח' יוסף, שתה איתו תה וקפה ואמר לו שהבניה בשבט צריכה רשיון ואין להם רשיון. השיח' ענה לו, כי הוא לא רואה בבניה במשמעותה כבניה להתרחבות פסולה, אלא הוא רואה בבתיים כצורך בסיסי למחית בני השבט, כמגן מפני השמש הקופחת והגשם הרב שיורד בתוך הצריפים הקיימים כיום ומסכן את חיי הילדים לדוגמא. וכדברי השיח' (עמוד 2 לתצהירו):

"אנחנו אנשים פשוטים שדואגים לילדינו. זו הגנה זמנית מפני פגעי מזג האויר. אני באוהל וכשייש רוח, אני לא יכול לישון בלילה. מצבנו הבסיסי קשה מאוד וחיינו קשים, הפח חם בקיץ וקר מאוד בחורף ואנחנו חולים מזה."

24. רזי אמר לשיח' יוסף, כי "אנחנו רוצים לתת לכם רשיון בניה ונעשה לכם כמו שעשינו לחמולות האחרות כמו אל פקיר".

קיומו של שטח אש בסמוך לאיזור

25. מזה כ- 8 שנים לא נערכים אימונים צבאיים בתוך השטח הבנוי של שבט ההדלין. האימונים הצבאיים נערכים באיזור הרחוק כשלוש ק"מ ממקום מגוריהם של בני השבט. רק באיזור ההוא ישנם שלטים המזהירים שמדובר בשטח צבאי. באיזור המגורים של בני שבט ההדלין אין שלטים המעידים כי מדובר בשטח צבאי סגור ובני השבט לא נוהגים כתושבים המתגוררים בתוך שטח צבאי סגור.

26. עד לפני כשלוש שנים היה ממוקם בסמוך לבתי תושבי השבט בסיס צבאי. מאז עזיבת הבסיס הצבאי תושבי השבט כמעט ואינם נתקלים בחיילים. לעיתים חיילים נכנסים לבתי התושבים כדי לערוך חיפושים וחיילים עוברים במקום.

מיצוי הליכים

27. ראשית יוזכר, כי בני השבט באמצעות המוכתר, שיח' יוסף מנהלים מזה שנים רבות משא ומתן עם השלטון הצבאי, באמצעות המנהל האזרחי, על הסדר פורמלי וסופי לסוגיית מגורי בני השבט באזור חשם אל דרג'. הפגישה האחרונה בנושא היתה עם רזי, מהפיקוח על הבניה, בקיץ 2004.

28. לעניין מיצוי הליכים של העותרים הספציפיים – העותרים קיבלו צווי הריסה. העותרים באמצעות עו"ד מוסא מח'אמרה ניסו להגיש בקשות להיתר בניה בצירוף מפות מדידה, אך נתקלו בסירוב מצד גורמים במנהל האזרחי בחברון.

29. למרות הגשת בקשות להיתר בניה, ועדת הפיקוח לא קבעה כל דיון בנושא, ובמסירת מפות המדידה למר עבד אל עזיז במנהל האזרחי בחברון נאמר לעו"ד מוסא מח'אמרה, כי לא ניתן לקבל את הבקשות להיתר בניה. עו"ד מח'אמרה כתב שלושה מכתבים לוועדת הפיקוח, בבקשה לקביעת מועד דיון בנושא, עד שלבסוף נקבע לו מועד דיון ליום 25.11.2004. ראו העתק החלטת ועדת הפיקוח מיום 25.11.2004 המסומן נספח ב'. בדיון הוצג המכתב מעיריית יטא המסומן בעתירה זו כנספח כד'.

מצ"ב העתק ממכתבי מוסא מח'אמרה מיום 7.7.2004, 26.7.2004 ומיום 8.8.2004 בצירוף תרגומם לנוחיות בית המשפט ומסומן לז' (1)-(3).

30. טענותיהם המרכזיות של העותרים היו:

- א. בני השבט מתגוררים במקום שנים רבות ויש להכיר בזכויותיהם במקרקעין מכוח חזקה ועיבוד הקרקע עד היום באופן מתמשך. הוצע לוועדה לבדוק צילומי אוויר של האזור המצויים במנהל האזרחי.
- ב. במקום מגורי השבט קיימים מוסדות ושירותים ציבוריים.
- ג. הוצג מכתב מעיריית יטא על פיו בני שבט ההדלין מתגוררים על האדמה שנים רבות ולמעשה רכשו בה זכויות.
- ד. הובא לידיעת הועדה כי שלושה שבטים סמוכים קיבלו קיבוע ולהם יש תוכניות מתאר מאושרות, תוך הסבר מדוע תושבי שבט הדלין לא קיבלו קיבוע ותוכנית מתאר.

31. בקשותיהם של העותרים להכשיר את המבנים נדחו על ידי הועדה על בסיס שני טיעונים מרכזיים:

- א. העותרים לא הוכיחו זכויותיהם בקרקע והמחזיקים לא פעלו להסדרת נושא הבעלות בקרקע. בהקשר זה הציעה הועדה לעותרים "לגשת לקמ"ט רישום מקרקעין ולגשת לוועדה לרישום ראשון".

ב. מדובר בבנייה בשטח אש וקיבועים של שבטים אחרים נעשו מחוץ לשטח האש.

32. לאחר דחיית בקשותיהם להיתר בניה פנה עו"ד מח'אמרה ביום 26.12.2004 בבקשת חנינה לראש המנהל האזרחי אך בקשה זו לא נענתה עד היום, למרות דחיפותה והבקשה המפורשת בה להקפאת ההריסה עד למתן החלטה בבקשה.

מצ"ב העתק בקשת החנינה ותרגומה לעברית לנוחיות בית המשפט ומסומן לח'. לבקשת החנינה צורפו נספחים המסומנים בעתירה זו לא', לו'.

הטיעונים המשפטיים

מעמד הקרקע ומעמד בני השבט כברי רשות

33. מהמתואר לעיל עולה, כי האיזור המכונה חשם אל דרג' הינו איזור ספציפי ומוגדר, הכולל מקומות בעלי שמות ידועים ומוכרים ואינו איזור כללי, שאין לו גבולות.

34. חשוב להבהיר, כי בני השבט לא התיישבו באדמה לא להם, וזאת ניתן להסיק הן מטענותיהם הם והן מהתייחסותם והתנהגותם הישירה והמשתמעת של השלטון הצבאי והמנהל האזרחי הישראלי אליהם במהלך כל השנים.

35. מצד אחד, שום פורום תכנוני, והמשיבים בכלל זה, מעולם לא טען בפני העותרים, כי האדמה עליהם הם מתיישבים היא אדמת מדינה או שיש בעלי קרקע אחרים על פי הרישומים הקיימים בידי המשיבים עצמם. על כך יוסף, כי אף אין כל טוען לבעלות על הקרקע פרט לבני השבט ואף עירית יטא, עירית המחוז, מחזקת את טענת בני השבט. מצד שני, בני השבט מתגוררים במקום מקדמא דגן, מזה עשרות בשנים ואף יותר, ועובדה זו לא הופרכה על ידי המשיבים על ידי אף ראיה כלשהיא.

36. טענתם הבסיסית של בני השבט, שהועלתה כבר בשלב הראשון בפני ועדת המשנה לפיקוח ביום 18.2.2004 היא, שבני השבט הם לכל הפחות ברי רשות מכללא, רשות חנם, להתגורר באיזור לתקופה בלתי מוגבלת. לעניין זה ראו עא 32 / 77 אליאסף טבוליצקי נ' בית-כנסת ובית-מדרש החסידים לא (3) 210, עמוד 214:

"הלכה פסוקה היא (ראה בג"צ 45/71 אריה קרושבסקי, ואח' נ' ראש

העיר, חברי המועצה ותושבי העיר תל-אביב-יפו, פ"ד כה (1) 792,

פ"ד(1) 796, פ"ד(1) 797; ע"א 290/67 נתן איזמן נ' רשות הפיתוח, ואח', פ"ד כב(1) 16; ע"א 247/72 אליהו חדד נ' רסקו בע"מ, ואח', פ"ד כח(2) 533 שלשם יצירת רשיון של שימוש במקרקעין אין צורך בהסכם מפורש ומספיקה התנהגותם של בעלי המקרקעין שממנה ניתן להסיק שהסכימו בדיעבד והשילמו עם שימוש של אדם אחר ברכושם. העובדה שעבר זמן רב מאז תפס האדם את הקרקע, ושמשך כל אותו זמן נמנע בעל הנכס מתגובה כלשהי למרות שידע על התפיסה, יכולה להעיד על הסכמתו, וליצור רשיון מכללא (IMPLIED LICENSE) שלא היה קיים מלכתחילה. הלכה זו מקובלת גם בפסיקה האנגלית (ראה האסמכתאות שצוטטו ב-בג"צ 45/71, בע' 797) וגם בפסיקה האנגלית (ראה האסמכתאות שצוטטו ב-בג"צ 45/71 בע' 797) וגם בפסיקה של ארצות-הברית (ראה 80 53 C.J.S.), שם נאמר:

WHEN THE OWNER OF LAND, WITH FULL " TACITLY PERMITS ,KNOWLEDGE OF THE FACTS ANOTHER REPEATEDLY TO DO ACTS UPON THE LAND A LICENSE MAY BE IMPLIED FROM HIS "ACQUIESCENCE OR FAILURE TO OBJECT

37. על כן, לכל הפחות, כל עוד אין בנמצא גורם הטוען, כי על בני השבט להתפנות מאדמתם, התיישבותם הינה מותרת וחוקית, ללא כל צורך בהוכחה בעלות במסמכים בכתב.

נטל ההוכחה ונטל השכנוע

38. אחת הטענות של ועדת המשנה לתכנון בדחותה את עררי העותרים היתה, כי העותרים לא הוכיחו את זכויותיהם בקרקע. נשאלת השאלה אם כן, על מי מוטלים נטל ההוכחה ונטל השכנוע והאם העותרים עמדו בנטל זה?

39. כבר בשנת 1995 התייחסה השופטת בדימוס דליה דורנר לעניין נטל ההוכחה ונטל השכנוע לגבי משך תקופת המגורים של בני שבט אחר, שבט הג'ה'לין, ושם אמרה:

כשלעצמי, נוטה אני לדעה כי ראוי היה להטיל את עול ההוכחה המלא על המבקש לפנות את היושבים על המקרקעין. השוו 'זמיר, "ראיות לבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א (תשנ"ג) 195, 199. על כל פנים, העותרים יצאו ידי חובת הבאת ראיות לכאוריות, בכך שהעידו והצהירו על תקופת מגוריהם. מטבע הדברים אין ברשותם ראיות אובייקטיביות. ראיות כאלה מצויות בידי המפקד הצבאי, היכול לסתור את

טענות העותרים באמצעות תצלומי אוויר. בנסיבות אלה, אף אם אניח שנטל השכנוע הוא על העותרים, נטל הבאת הראיות (האובייקטיביות) הוא על המפקד הצבאי. ראו והשוו א' הרנון, דיני ראיות (הדפוס האקדמי, כרך א, תש"ל) 203, 204 (ראו בגצ 95 / 2966 מוחמד אחמד סאלם הרש ו-91 אח' נ' שר הביטחון נ (2) 9, עמוד 17).

40. באותה מידה, מטבע הדברים אף בענייננו אין כל ראיות אובייקטיביות בידי בני השבט על משך מגוריהם רבי השנים באיזור, פרט לראיות לגבי שירותים ציבוריים שניתנו להם, כפי שפורטו לעיל:

- קיומו של בית קברות מקדמא דנן.
- חיבור לרשת המים משנת 1970.
- קיומה של מרפאה משנת 1973.
- קיומו של בית ספר משנת 1973.
- קיומו של מסגד מתחילת שנות ה-90.
- קיומה של ועדת חשמל.

41. בנוסף, הבאת ראיות אובייקטיביות מצד רשויות השלטון השונות שהתחלפו במהלך השנים אף היא אינה אפשרית, לאור העדר רישום במרשם מס האוצר בכלל האיזור, כנטען לעיל, ברי לעין כל.

42. לעומת זאת, בני השבט המציאו את המסמכים שאכן היו בידיהם, כגון מכתב מעיריית יטא (נספח כד') שהוצג בדיון בוועדת הפיקוח, ובצירוף נספחים רלוונטיים למכתב החנינה מיום 22.12.2004 שנשלח ביום 26.12.2004 (ראו סעיף 32 לעיל).

43. לסיכום נקודה זו, גם אם יכריע בית המשפט, כי על העותרים מוטל נטל הראיה והשכנוע, העותרים עמדו בנטלים אלו, בעוד המשיבים התרשלו בבדיקה העובדתית וההיסטורית של ישוב בני שבט ההדלין, התרשלות שתוצאתה עלולה להיות חמורה ביותר מבחינת בני השבט בכלל והעותרים בפרט.

רישום ראשון

44. סעיף 35 לחוק תכנון ערים כפרים ובניינים (חוק זמני) מס' (79) לשנת 1966 (להלן-חוק התכנון הירדני) קובע כדלקמן:

"(א) על כל אדם המעוניין בתכנון או בבינוי קרקע כלשהי או בביצוע כל עבודת בניה הטעונה קבלת רשיון, להגיש בקשה לקבלת רשיון לועדת התכנון המקומית או ועדת התכנון המוסמכת בהתאם לתקנות, להוראות ולתנאים שנקבעו על פי חוק זה."

45. בהתאם לסעיף זה, אין צורך בהוכחת בעלות על הקרקע, על מנת להגיש בקשה להיתר בניה ולצורך העניין, אף לקבל היתר בניה. בנוסף, זכויות בקרקע יכולות להיות מסוגים שונים כגון לדוגמא מוסד בר-הרשות, כנטען מלכתחילה על ידי העותרים. אין כל בסיס חוקי לדרישת ועדת הפיקוח שהעותרים ירשמו את אדמותיהם במרשם המקרקעין ברישום ראשון. חוסר תום הלב של ועדת הפיקוח עולה בנקודה זו דווקא בשל הזמן המועט שניתן לעותרים כדי למצות את ההליכים כביכול, בדרך שהוצעה על ידי הועדה. ברור לעיל כל, כי אף הועדה עצמה לא לקחה את הצעתה ברצינות – כי אז הכיצד העניקה לעותרים שבועיים ימים להוציא נסח טאבו?!

הדין הבינלאומי ההומניטרי

46. פעילותם של המשיבים כפופה ושואבת את כוחה מהוראות הדין הבינלאומי ההומניטרי. על כן, כל פעילות הסותרת הוראות אלו – הינה הריגה מסמכות ואינה חוקית. סעיף 43 לתקנות האג הנלוות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן-תקנות האג), המהוות חלק מהמשפט המנהגי הבינלאומי המחייב את מדינת ישראל, קובע:

"בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והבטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין".

47. סעיף 46 לתקנות האג קובע, כי :

"יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי"

48. בפסקה 101 לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק מיום 9.7.2004 בעניין "השלכותיה המשפטיות של בנית חומה בשטח הפלסטיני הכבוש" (להלן-חוות הדעת המייעצת) קבע בית הדין כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה בשטחים הפלסטינים שנכבשו על ידי ישראל.

49. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 קובע, כי:

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפטיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם..."

50. על פי המלומד ג. פיקטה בפרשנותו לאמנת ג'נבה הרביעית, מעיר בהתייחסו לסעיף 27 הנ"ל:

“The family dwelling and home are therefore protected;
they cannot be the object of arbitrary interference.”

J. Pictet, Commentary on Geneva Convention IV of 1949, (Geneva, 1958), p.
202.

51. כאמור לעיל, מנהגו של שבט ההדלין היה להתגורר באיזור ח'שם אל דרג' מזה עשרות רבות בשנים, כאשר האדמה היא דה-פקטו בבעלות בני השבט, גם אם ההוכחה על כך לא היתה מגובה במסמכים, כמפורט לעיל. עם השנים השתנו מנהגיו והוא החל לבנות לצד או במקום אוהלים, גם פחונים העשויים מחומרים זולים. חלק מרצונו של השבט להתפתח מתבטא בבניית חדרי אבן, המגנים מפני פגעי מזג האוויר ומפני מחלות – אין מדובר בניסיונות התפשטות עבריינית המאפיינת לעיתים בניה בלתי חוקית אלא בבני אדם הנלחמים נגד כוחות הטבע באמצעים הדלים שיש בידם.

52. כיוון שמדובר במגורים של עשרות שנים, לא ניתן לדבר על הסגת גבול או פלישה של בני השבט לקרקע ח'שם אל דרג', אלא על סוגים שונים של צורות מגורים, באותו מקום, כחלק מרצונם של בני השבט להתפתח באופן טבעי.

53. הסדרת נושא מגוריהם של בני השבט, הכולל בתוכו את הסדרת הנושא התכנוני המינהלי, מוטלת כחובה על המפקד הצבאי, כחלק מהחובה לדאוג לסדר ולבטחון הציבורי של בני השבט, כאזרחים מוגנים בשטח כבוש. חובה זו הופרה על ידי המשיבים במפגיע, בייחוד לאור חלוף השנים מאז הוסדר נושא זה עם שלושה שבטים סמוכים ולאור שליטתם המוחלטת של המשיבים על הנושא התכנוני באיזור C.

קיומו של השטח כשטח אש או שטח צבאי סגור

54. סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

“אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים... או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה”.

55. סעיף 23(ז) לתקנות האג קובע:

"נוסף על האיסורים, שנקבעו באמנות מיוחדות, אסור בעיקר:..."

(ז) להשמיד... את רכוש האויב, חוץ אם השמדה כזו נדרשת במפגיע על

ידי צרכי המלחמה."

56. קיומו של שטח צבאי סגור או שטח אש בדיוק באיזור בו מתיישבים בני השבט הינה טענה עובדתית הנתונה במחלוקת. בכל מקרה, במידה ויוכח קיומו של שטח אש באיזור המדובר, לאור נסיבותיה המיוחדות של התיישבות בני השבט באיזור, אופיה והתמשכותה מלפני 1967 ועד היום, ולאור העובדה כי מעולם לא עזבו בני השבט את האיזור, לא קיים כל צורך מכריע בשלילת בטחון ציבורי בסיסי מתושבי קבע אלו, בהריסת בתיהם, בין אם הם עשויים מפח ובין אם הם עשויים מאבן, בין בהליך תכנוני ובין בהליך צבאי-מבצעי. מדובר בתושבי קבע שעל פי הדין הצבאי עצמו מותרים בשהיה באיזור ובמגורים בו.

57. להיפך, על המשיבים לאפשר לבני השבט, שהתגוררו באיזור עוד טרם הגיע המשיבים לאיזור, להמשיך להתגורר במקום ולהתפתח בו, בין אם בדרך של ביטול שטח האש או השטח הצבאי הסגור באיזור בו מתגוררים בני השבט, או בדרך של אישור כללי לבני השבט לבנות בגבולות האיזור שיקובע ו/או בגבולות תכנית המתאר המקומית שתוכן ללא צורך באישור פרטני לכל בן שבט בנפרד. העובדה, כי מקובל הדבר שתושבים מוגנים מתגוררים בתוך שטחים המוגדרים כשטחים צבאיים סגורים או כשטחי אש אין בידה כדי להכשיר את התופעה הפסולה הזו, הכרוכה במפגיע בפגיעה קשה ובלתי מידתית בחייהם של האזרחים שנכפה עליהם לחיות במסגרת צבאית.

58. מעבר לכך, ככל שמדובר ביישובי קבע כמו של שבט ההדלין, יש לבחור בהוצאת האיזור הבנוי משטח האש ומהמסגרת הצבאית, כפתרון שיש בו כדי לאפשר חיים נורמליים בסיסיים. יוזכר, מתוקף שליטתו והשלטון הצבאי בגדה המערבית נתונות ממילא סמכויות נרחבות לצבא, הכוללות סמכויות חיפוש בבתים, מעבר בתוך איזורי מגורים וכו', גם ללא הצורך בהגדרת האיזור כשטח צבאי סגור או כשטח אש.

59. במיוחד מתגברת הצדקה לגריעת האיזור הבנוי מהמסגרת הצבאית לאחר עזיבתו של הבסיס הצבאי שמיקומו היה קרוב לבני השבט.

זכויות אדם – הזכות לאי התערבות שרירותית במשפחה ובבית, הזכות לקניין פרטי, הזכות לתנאי מחיה מינימליים, הזכות לדיור ולתכנון, הזכות לפיתוח

60. כאמור לעיל, עניינה של העתירה היא בהעדר הכרה פורמלית בקיומו של השבט במקום מגוריו הטבעי מזה עשרות בשנים. העדר הכרה זו פוגע באופן ישיר בזכויות האדם של בני השבט-

זכותם לאי התערבות שרירותית בחיי משפחתם ובביתם, הזכות לקניין פרטי, הזכות לתנאי מחיה מינימליים, הזכות לדיור ולתכנון והזכות לפיתוח – וזאת, ללא כל צידוק שבדין.

61. מדינת ישראל אשררה ביום 3.10.1991 את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (להלן-האמנה לזכויות אזרחיות) ואת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (להלן-האמנה לזכויות חברתיות) שתיהן משנת 1966. בפסקאות 106 ו-112 לחוות הדעת המייעצת נקבע, כי האמנה לזכויות אזרחיות והאמנה לזכויות חברתיות חלות גם בזמן סכסוכים אלימים ופסקה 111 מבהיר בית הדין, כי האמנות חלות גם על פעולות מדינת ישראל המתבצעות תוך הפעלת סמכויותיה באיזורים מחוץ לשטחה, קרי, גם על פעולות המפקד הצבאי בשטח הפלסטיני הכבוש.

62. סעיף 17(1) לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות קובעת, כי:
"לא יהיה אדם נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בצנעת הפרט שלו, במשפחתו, בביתו או בכתובתו, או לפגיעות בלי חוקיות בכבודו..."

63. התנהגותם של המשיבים, כאשר מצד אחד הם מכירים דה-פקטו בישובם של בני השבט בח'שם אל דרג' ואף מקיימים משא ומתן על קיבוע בני השבט באיזור, ומצד שני הם נוהגים בכל בניית מבנה כאילו היא מנותקת מידיעתם והסכמתם המשתמעת, כי האדמה עליה יושב השבט היא בבעלותו, הינה פגיעה שרירותית במרקם המשפחתי של בני השבט, בכבודם, בזכותם לקורת גג, בזכותם לתכנון ולפיתוח ולתנאי מחיה מינימליים.

64. סעיף 11 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובע:
"מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו, לרבות... [ו] דיור נאותים, ולשיפור מתמיד בתנאי קיומו. המדינות כאמור ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח את מימוש הזכות האמורה..."

65. סעיף 22 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובע, כי:
"כל אדם, כחבר החברה, זכאי לבטחון סוציאלי וזכאי לתבוע שהזכויות הכלכליות, הסוציאליות התרבותיות, שהן חיוניות לכבודו כאדם ולהתפתחותו החופשית של אישיותו, יובטחו במאמץ לאומי ובשיתוף פעולה בינלאומי, בהתאם לארגונה ולאוצרותיה של המדינה".

66. סעיף 25 להכרזה הנ"ל קובע, כי:

"כל אדם זכאי לרמת חיים נאותה לבריאותם ולרווחתם, שלו ושל בני ביתו. לרבות...שיכון..."

67. חוק כבוד האדם וחירותו, החל על המשיבים בהיותם עובדי ציבור ישראלים, קובע את זכותם של בני השבט לקניין פרטי (סעיף 3) ולכבודם כבני אדם (סעיף 4). אף כבוד הנשיא אהרון ברק הכיר בחשיבות הזכות לתנאי מחיה מינימליים:

"אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, נפגע כבוד האדם שלו. הוא הופך לאובייקט... יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי" (ראו א. ברק, כבוד האדם כזכות חוקתית, הפרקליט מא(ג) (תשנ"ד) 271, 280, ובג"צ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל תק-על 94(1) 444).

68. ואף לאחרונה נאמר בע"מ 3829/04 ישראל טויטו ואח' נ' עיריית ירושלים (פסק דין מאת השופטת א. פרוקצ'יה מיום 6.12.2004 טרם פורסם, פסקה 16):

במשפט בישראל הולכת ומשתרשת התפיסה כי כבודו של אדם כזכות חוקתית אוצר בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי ובכלל זה קורת גג, מזון בסיסי, וטיפול רפואי אלמנטרי, וכי על המדינה חובה לדאוג לכך שרמת חייו של אדם לא תרד מתחת לסף הנדרש לחיים בכבוד (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פד"י נה(3) 360; בג"צ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש הממשלה, פד"י נח(3) 503; רע"א 5368/01 פנחס יהודה נ' עו"ד תשובה, פד"י נח(1) 214).

69. וכן ראו בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר (טרם פורסם):

"תפיסת הזכות לבטחון סוציאלי כמבטיחה תנאי מחייה בסיסיים נהנית מההגנה החוקתית על כבוד האדם, באשר "היא זהה לזכות החוקתית לקיום מינימאלי בכבוד, שהוכרה בפסיקתו של בית משפט זה" (צוטט בבג"צ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, פסק דין ניתן ביום 9.12.2004, פסקה 16)).

70. בהקשר הריסות בתים ראו ת"ב 12/93 מדינת ישראל נ' אילן אביזמיל ואח', נד(4) 341, פסקה 12:

"...סעיפים 3 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסרים על כל פגיעה בקניינו של אדם אלא לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

כל אלה מחייבים את הרשות להביא לפני בי תהמשפט נימוקים משכנעים להריסת מבנה המשמש אדם... למגורים בלא שהורשע בכנייתו, ובעיקר, כאשר הוא עושה שימוש במבנה באין מפריע במשך תקופה ארוכה."

71. הזכות לדיור כוללת בחובה גם את הזכות לתכנון. ישראל חתמה על הכרזת איסטנבול בדבר ישובים אנושיים הקובעת כמטרה בסעיף 4 את הטיפול בחוסר בתכנון נאות. אף הפסיקה קבעה, כי:

"דין התכנון...זכה למימדים ולמשמעויות שלא היו לו בעבר. איננו מדברים עוד כבעבר – אך בשימושי קרקע למיניהם, אלא בתפיסה סביבתית כוללת של חברה, של כלכלה ושל איכות חיים בעיר ובכפר" (ראו בג"צ 2920/94 אדם טבע ודין, ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואח', פד"י נ(3) 441, 454-455)

72. הזכות לפיתוח הוכרה כזכות אדם בהכרזה בדבר קידום חברתי ופיתוח משנת 1969 ובהכרזה בדבר הזכות לפיתוח משנת 1986.

הגבלות על זכויות האדם

73. הזכויות על פי האמנה לזכויות אזרחיות ניתנות להגבלה רק על פי סעיף 4 לאמנה ובית הדין בפסקה 136 לחוות הדעת המייעצת מדגיש, כי הגבלה על הזכויות צריכה לעמוד במבחן המידתיות ויש לנקוט באמצעי הפחות פוגעני על מנת להשיג המטרה הרצויה. אף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בפסקת ההגבלה, סעיף 8, את המידתיות כאלמנט חשוב בסטיה משמירה על זכויות האדם. סעיף 4 לאמנה לזכויות חברתיות קובע, ופסקה 136 לחוות הדעת המייעצת מדגישה את הסיפא שבו, כי:

"..רשאית המדינה לסייג זכויות אלה רק באותן הגבלות כפי שנקבעו בחוק, ורק באותה מידה שהדבר עשוי להתיישב עם טבען של זכויות אלה, ואך ורק למטרת קידומה של הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית".

השאלה הנשאלת היא אם כן, האם עמדו המשיבים בתנאי ההסתייגות הרלוונטיים?

74. בהתעלמות המשיבים מרצונם הברור של בני השבט לשפר את תנאי קיומו, שנהיר לעין כל שהם קשים ביותר, וזאת, שלא למטרה של קידום החברה כולה, אלא להיפך, מתוך מטרה, מכוונת או עקיפה, להשאיר את בני השבט במצבו החברתי, הבריאותי והכלכלי הקשה – מפרים המשיבים את חובתם על פי האמנה לזכויות חברתיות, אותה אשררה מדינת ישראל.

75. ויובהר, אין מדובר בחסך במשאבי קרקע בגדה המערבית, אותם נוטלים העותרים ללא עיגון שבדין, כיוון שכל רצונם של בני השבט הוא להמשיך ולהתגורר על הקרקע עליה הם מתגוררים ואותה הם מחזיקים מימים ימימה. כמו כן, מבני האבן של בני השבט ובתוכם העותרים אינם גורמים נזק כספי לציבור, אינם מהווים סיכון בטחוני, ואינם בנויים על שטח ציבורי או שטח של אדם פרטי אחר.

76. בידי המשיבים עומדים אמצעים שונים כדי להבטיח את זכותם של בני השבט לקורת גג, לכבוד, לתנאי מחיה בסיסיים, לקניין פרטי ולחיי משפחה סבירים. כך המשיבים יכלו לחדש את המשא ומתן שהחל בשנת 1984 על בסיס גבולותיו הנוכחיים של איזור המגורים של בניה השבט ולקיימו תוך הקפאת הריסות הבתים באיזור, המשיבים יכלו לבדוק את המידע הקיים באשר לזכויותיהם של בני השבט על הקרקע ולהסדיר את הנושא, במקום לדרוש מהם הוכחות שאין ביכולתם לספק, ולא יוכלו מעולם לספק, בגדר "תקנה שאין הציבור יכול לעמוד בה".

77. המסרים הסותרים שמשדרים המשיבים לבני השבט הינם בגדר חוטא ומחטיא – לא רק שהמשיבים חוטאים באי הסדרת גבולות היישוב לצורך פיתוחו הנורמלי והטבעי, באי תכנון האיזור ו/או באי קיבועו באופן פורמלי. בהרשאתם הישירה או המשתמעת, גורמים המשיבים לבני השבט לחשוב, ובצדק, שהמשיבים אכן מבינים שהשבט מתגורר במקום ושיש לו זכויות על הקרקע, ואף זכויות בניה בגדר זה וכך בני השבט בונים בתיהם בלי שהמשיבים יאפשרו להם להכשיר מבחינה חוקית את בתיהם, כפי שנוכחנו בהחלטת ועדת הפיקוח.

אפליה

78. מספר ק"מ ספורים מח'שם אל דרג' מתנשאת ברוב הודה התכנוני ההתנחלות כרמל.

העתק תמונה של התנחלות כרמל מספר ק"מ מהדלין ומסומן לט'.

79. לאור אי התכנון של יישוב מגורי שבט ההדלין, צורמת ההתנחלות התכנונית המפלה של המשיבים, ביחסם החיובי כלפי ההתנחלות כרמל, שיש לגביה תכנון מסודר. למותר לציין את עליונות חשיבותו של עקרון השוויון כעקרון על בפסיקה בישראל. יצויין אך, כי אף עקרון השוויון הוחל גם בהקשר תכנון ובניה. עקרון זה הופר באופן בוטה בעניין בני שבט ההדלין. לעניין זה ראו: בג"צ 392/72 ברגר נ' הועדה המחוזית לכתנון ולבניה ואח', פד"י כז(2) 764; בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר ואח', פד"י לב(2), 800; בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פד"י מג(4) 297; בג"צ 6698/95 קאדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד(1) 258.

הפרת חובות המפקד הצבאי על פי המשפט הציבורי הישראלי

80. הפרת החובה לפעול על פי עקרונות המשפט הציבורי הישראלי ודיני התכנון התקפים בגדה המערבית על פי הפסיקה, המפקד הצבאי, בהיותו עובד ציבור של מדינת ישראל, כפוף לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (ראו שמגר בבג"צ 493,69/81 אבו עיטא ואח' נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פד"י לז(2) 197, 231).

"... על פי דיני המשפט הציבורי... על הרשות הציבורית להפעיל את שיקול דעתה... על פי "אמות המידה המקובלות לפי עקרונות המינהל התקין" ... דהיינו על פי הנורמות המשפטיות החלות על הפעלתו של כל שיקול דעת מינהלי. אמות מידה אלה, הן כי על הרשות המינהלית לפעול בהגינות וביושר. אסור לה לפעול מתוך שרירות. הפליה, משוא פנים, ניגוד עניינים, חוסר תום לב או חוסר סבירות עליה לשקול את כל השיקולים הנוגעים לעניין ושיקולים אלה בלבד. מבין אמות מידה אלה היחידה הנוגעת לעניינו היא זו של חוסר, שכן אף אחת מעילות הפסלות האחרות אינה מתקיימת בענייננו" (ראו בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(1) 421, בעמ' 435).

81. במקרה דנן המשיבים מס' 1 ו-2, האחראים מבחינה מינהלית על ענייני התכנון והבניה בשטח C, והמשיב 3, שהינו נציג השלטון הצבאי בגדה המערבית, הפרו את חובותיהם הבסיסיות על פי המשפט הציבורי.

82. רשות מינהלית הפועלת בהגינות, בסבירות ובתום לב אינה רשאית מצד אחד להעניק אישורים, בכתב או בעל פה מכללא, לבניית מוסדות ציבור באיזור מסויים ומצד שני, לא ניתנים היתרי בניה לבניית מגורים פרטיים באותו איזור, לתושבים המתגוררים בתחומו; מצד אחד להכיר במשתמע במגוריהם של בני שבט ההדלין אך בפחונים ובתים העשויים משילובי פלסטיק, פח ועץ במשך עשרות רבות בשנים ומצד שני, לא לאפשר להם להתפתח ולחיות בבתי אבן כמו שאר בני האדם באותו מתחם מגורים.

83. לא זאת אף זאת, לעניין הוכחת זכויות העותרים על הקרקע - ב"כ העותרים בוועדת המשנה לפיקוח, עו"ד מוסא מח'אמרה, הפנה את הוועדה לתצלומי אויר המצויים בידי רשויות התכנון, אך משום מה, ללא כל הסבר מתקבל על הדעת, לא ראתה הוועדה כל חשיבות בבדיקה עובדתית נוספת ובאיסוף תשתית ראייתית בסיסית לבדיקת טענות העותרים, ונתנה החלטתה כבר באותו היום, כאשר לא היתה בפניה תשתית ראייתית מספקת לקבלת החלטה בדבר אי הוכחת זכויותיהם של העותרים על האדמה עליה הם יושבים (ראו לדוגמא בג"צ 802/89 נסמאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פד"י מד(2) 601).

84. לעניין טענת הועדה כי מדובר בבנייה בשטח אש, הכיכד מכירים המשיבים דה-פקטו הכרה משתמעת בזכותם למגורים באיזור שטח האש, במידה ואכן יוכח קיומו, כתושבי קבע, ומצד שני, כאשר הם באים להגן על עצמם מפני הגשם והקור, החום הנורא בתוך הפחון בקיץ ומפני סכנת התחלואה הכרוכה בתנאי מחיה קשים אלו, אוסרים עליהם המשיבים לבנות בתיהם באותו מתחם בו הם יושבים מזה עשרות בשנים.

85. נדמה, כי נוח למשיבים להמשיך ולראות את בני שבט ההדלין מתגוררים בתת-תנאים, למרות רצונו של השבט עצמו לשפר את איכות חייו. כל שינוי בסוג מבנה המגורים, אף אם אינו משנה את מיקום המגורים, במסגרת איזור המגורים המקובל של בני השבט מזה שנים רבות, נתקל בסירוב המשיבים, ללא כל הגיון או צדק, ותוך הפרת זכויותיהם של בני השבט, כפי שפורט לעיל.

86. תכנית המתאר החלה באיזור זה היא תוכנית המתאר RJ5 מתקופת המנדט הבריטי – על בסיס זה בלבד ניתן לקבוע על פי ההגיון הישר, כי מדובר בתוכנית עתיקה, בלתי רלוונטית לחיים כיום ושאסור למשיבים לפעול על פיה. לענייננו, עולה החובה על המשיבים לעדכן את תוכנית מתאר הקיימת, כיוון שהיא אינה עונה לצרכי העותרים ובני שבט ההדלין, לא אך מהיום אלא מזה עשרות בשנים. חובה זו מעוגנת בסעיף 25(1) לחוק התכנון הירדני הקובע:

"ועדת התכנון המחוזית תבקש, על פי המלצת הועדה המקומית, מהמנהל, לעיין מחדש בכל תכנית בינוי מתארית מאושרת, על מנת להכניס בה את התיקונים או התוספות הדרושים, אם ישנם, לפחות פעם אחת בכל עשר שנים".

87. כיוון שסמכויות התכנון של הועדות המחוזיות הועברו למועצת התכנון העליונה, על פי סעיף 2(2) לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפירים ובניינים (יהודה והשומרון) מס' 418, תשל"א, 1971 (להלן-צו התכנון) עליה לפעול לעדכון התכנית, בייחוד לאור נסיבות מגוריהם המיוחדים של בני שבט ההדלין.

88. על זאת יש לציין, כי מועצת התכנון העליונה רשאית על פי סעיף 7 לצו התכנון לתקן, לבטל או להתלות תקפם של כל תכנית או רשיון (ס"ק 1) וליטול לעצמה כל סמכות הנתונה לאחת מועדות המשנה שלה (ס"ק 2). למיטב ידיעת העותרים, המשיבה מס' 3 לא פעלה במסגרת סמכויותיה לעניין בני שבט ההדלין.

89. באי הפעלת סמכויות אלו חטאו המשיבים והמשיבה 3 במיוחד באי הפעלת שיקול דעתה, בנסיבות, אשר קיימת עליה חובה להפעילו. זאת, לאור ריבוי צווי ההריסה באיזור זה כלפי עותרים רבים, כמתואר לעיל, ולאור ההכרה המשתמעת והישירה של המשיבים בקיום ישוב חי ותוסס בח'שם אל דרג', ובייחוד לאור הכנת תכניות מתאר לשלושה שבטים סמוכים. (ראו ב. ברכה, משפט מינהלי, שוקן, ת"א 1986, 168, בג"צ 335/82 למדן נ' מנהל אגף המכס והבלן, פד"י לו(4) 785, 788, בג"צ 150/69 רייך נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים, כד(1) 204; ר. הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי, שנהג הוצאה לאור, ירושלים 1997, 116-117; בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פד"י מז(5), 404, 421).

90. על כן, המשיבים מתבקשים בעתירה זו לשאת ולתת עם העותרים לגבי איזור "קיבוע" בגבולותיו יוכלו בני השבט לחיות את חייהם באופן סביר. לחילופין, יתבקשו המשיבים לכל הפחות לערוך תכנית מתאר מקומית בסיסית עם קו כחול המגדיר את גבולות התכנית שבתוכה יוכלו בני השבט לבנות את בתיהם, על פי החלוקה הקיימת כיום ביניהם, והמקובלת עליהם מבחינה חברתית ותרבותית.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים וצו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תגובת המשיבות להפוך הצו על תנאי להחלטי. כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ובשכר טרחת עורכת הדין.

נטע עמר, עו"ד

באת-כח העותרים

הוגש היום: 10.1.2004