



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 7061/21

עע"מ 7484/21

לפני :
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט ש' שוחט

המערערת בעע"מ 7061/21
והמשיבה 5 בעע"מ 7484/21 : עיריית חברון

המערערים בעע"מ 7484/21
והמשיבים 10-11 בעע"מ : 7061/21
1. שלום עכשיו – ש.ע.ל מפעלים חברתיים
2. אחמד עמרו

נ ג ד

המשיבים 1-3 בעע"מ : 7061/21
1. ממשלת ישראל
2. שר הביטחון
3. ראש המינהל האזרחי

המשיבים 4-5 בעע"מ 7061/21
והמשיבים 1-2 בעע"מ : 7484/21
4. ועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון
העליונה
5. ועדת המשנה לתכנון ורישוי של מועצת התכנון
העליונה

המשיבים 6-7 בעע"מ : 7061/21
6. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש
7. קמ"ט ארכיאולוגיה

המשיבים 8-9 בעע"מ : 7061/21
והמשיבים 3-4 בעע"מ : 7484/21
8. היישוב היהודי בחברון - אגודה שיתופית
9. בוני עיר אבות, אגודה שיתופית

המשיבים 10-11 בעע"מ : 7061/21
10. שלום עכשיו ש.ע.ל. מפעלים חברתיים
11. אחמד עמרו

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
ירושלים מיום 29.9.2021 בעת"מ 44357-12-19 ובעת"מ
20-02-23389 שניתן על ידי כבוד השופטת ע' אבמן-מולר

תאריך הישיבה : ו' באדר ב' התשפ"ב (9.3.22)

בשם המערערת בעע"מ :
7061/21 והמשיבה 5 בעע"מ :
עו"ד סאמר שחאדה : 7484/21

בשם המערערים בעע"מ
7484/21 והמשיבים 11-10
בעע"מ 7061/21 :

עו"ד ישי שניידור

בשם המשיבים 7-1 בעע"מ
7061/21 והמשיבים 2-1
בעע"מ 7484/21 :

עו"ד שרון הואש-איגר ; עו"ד אבי מיליקובסקי

בשם המשיבים 9-8 בעע"מ
7061/21 והמשיבים 4-3
בעע"מ 7484/21 :

עו"ד הראל ארנון ; עו"ד גלי פרלמן

פסק-דין

השופט ש' שוחט:

1. שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בעת"מ 19-12-44357 ובעת"מ 20-02-23389 (כבוד השופט ע' אבמון-מולד), מיום 29.9.2021 (להלן בהתאמה: פסק הדין ו-העיתירות).

2. המערערים עתרו לבית המשפט המחוזי נגד החלטת ועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון העליונה, החלטה מיום 6.11.2019, במסגרתה נדחו העררים שהגישו על החלטות ועדת המשנה לתכנון ורישוי שלצד מועצת התכנון העליונה, מיום 16.12.2017. עניינן של החלטות אלה – מתן היתר בניה להקמת שני מבני מגורים בעיר חברון במקום שמכונה "מתחם רובע חזקיה", שכוללים 31 יחידות דיור, מבני ציבור בקומת הכניסה (מעונות וגני ילדים) וחניון תת-קרקעי.

בית המשפט המחוזי דחה את שתי העתירות (לאחר שהדיון בהן אוחד).

רקע עובדתי

3. בשנת 1983 הוציא המפקד הצבאי לאיו"ש צו לתפיסת שטח תחנת האוטובוסים המרכזית בעיר חברון. במהלך השנים שחלפו מאז, חידש המפקד הצבאי את התפיסה והאריך אותה באמצעות צווים שהוציא. ביום 7.4.2019 נחתמו על ידי המפקד הצבאי שני צווי תפיסה שהאריכו את תוקף הצווים הקודמים ותיקנו את גבולותיהם. אחד הצווים (צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 15/09 ת) (הארכת תוקף מס' 3 ותיקון גבולות)) מתייחס

למתחם שכולל את מבנה התחנה המרכזית הישנה בעיר חברון. לפי צו זה נתפס שטח של 2.981 דונמים בגוש 34021 שכולל מספר חלקות, ביניהן חלקות 110 ו-130.

על צו זה ועל הצו השני הגישה עיריית חברון (להלן: העיריה) עתירה לבית משפט זה (בג"ץ 8452/19 עיריית חברון נ' מדינת ישראל (28.2.2022) (להלן: בג"ץ התפיסה)).

4. בהתאם להחלטות ממשלה לקידום ופיתוח היישוב היהודי בחברון ומכוח ייפוי כוח שניתן לה על ידי המדינה באמצעות משרד הבינוי והשיכון, הגישה האגודה השיתופית – היישוב היהודי בחברון (להלן: האגודה), למועצת התכנון העליונה, בקשת היתר לפרויקט בנייה, על חלק מחלקות 110 ו-130, להקמת שני מבני מגורים בעיר חברון במקום שמכונה "מתחם רובע חזקיה", שכוללים 31 יחידות דיור, מבני ציבור בקומת הכניסה (מעונות וגני ילדים) וחניון תת-קרקעי (להלן: פרויקט הבנייה או הפרויקט; ההיתר, לפי העניין).

5. ביום 16.10.2017 נערך דיון בבקשה להיתר, בנוכחות בא כוח העיריה, בוועדת המשנה לתכנון ורישוי שלצד מועצת התכנון העליונה (להלן: ועדת התכנון). ועדת התכנון קיבלה את בקשת ההיתר בתנאים מסוימים. ביום 18.10.2017 הופצה ההחלטה.

6. ביום 16.11.2017 נערך דיון נוסף בוועדת התכנון לאחר שנטען, כי מבני התחנה המרכזית הישנה של העיר חברון שנועדו להריסה, שנמצאים במתחם ולא סומנו במסמכי בקשת ההיתר, הם מבנים שמיועדים לשימור. לפיכך, החליטה וועדת התכנון להתכנס בשנית לבחינת הבקשה, לאחר שתובא בפניה עמדתו של קצין מטה ארכיאולוגיה. גם בדיון זה השתתף בא כוח העיריה.

7. ביום 6.12.2017 החליטה ועדת התכנון לאשר את הבקשה להיתר בתנאים נוספים לפיהם חזיתות המבנים שמיועדים לשימור יפורקו ויורכבו מחדש לאחר השלמת הבניה על מנת לשמור על צביון השכונה. בדיון זה השתתפו בא כוח העיריה ונציג עמותת "שלום עכשיו – ש.ע.ל מפעלים חברתיים" (להלן: העמותה או עמותת שלום עכשיו).

8. ביום 4.1.2018 הגישה העיריה ערר על ההחלטה למתן היתר הבנייה. ערר נוסף הוגש ביום 7.1.2018 על ידי העמותה ועמותת "נוער נגד התנחלויות".

9. העררים נדונו בוועדת המשנה להתנגדויות שלצד מועצת התכנון העליונה (להלן: ועדת המשנה להתנגדויות). בדיון שנערך ביום 30.7.2018 נכחו נציגי העיריה והעמותה, אשר טענו נגד החלטת ועדת התכנון. לאחר שמסמכי בקשת ההיתר תוקנו בהתאם להחלטת ועדת התכנון, ניתנה לעירייה ולעמותה שהות להגיש השלמת טיעון. לאחר הגשת השלמת הטיעון נערך בוועדת המשנה להתנגדויות דיון נוסף ביום 15.4.2019. ביום 28.4.2019 ערכו חברי ועדת המשנה להתנגדויות סיור בשטח.

10. ביום 6.11.2019 דחתה ועדת המשנה להתנגדויות את העררים, ואישרה את מתן היתר הבניה בכפוף לתנאים שנקבעו על ידי ועדת התכנון, ובכפוף להתאמת מסמכי הבקשה למדידה שבוצעה על ידי קצין מטה מדידות.

בהחלטתה דחתה ועדת המשנה להתנגדויות את טענות העיריה והעמותה לעניין סמכותה לדון בבקשת ההיתר ומנגד קבעה, כי לעירייה זכות להגיש ערר על ההחלטה למתן היתר בנייה בתחום בו היא מוסמכת לתת היתר ומקום בו ניטלה סמכותה; דחתה את הטענה כי בקשת ההיתר חורגת מהוראות התכנית המנדטורית שחלה במקום (להלן: התכנית), תוך שהפנתה להוראות התכנית שמאפשרות מתן היתר בנייה כמבוקש; דחתה את הטענה כי נכון היה לדון בבקשת ההיתר כבקשת הקלה; דחתה את הטענה כי התכנית אינה מאפשרת הקמת חניון תת-קרקעי; התייחסה למבנים המיועדים לשימור וציינה כי לאחר שהתקבלה חוות דעתו של קמ"ט ארכיאולוגיה הוחלט על תיקון מסמכי בקשת ההיתר, כך שהחלקים במבנים המיועדים לשימור יוחזרו למקום לאחר ביצוע העבודות; דחתה את טענות המערערות לעניין חריגה של הבנייה המתוכננת לחלקות פרטיות, וזאת לאחר שנערכה מדידה של החלקות ע"י קמ"ט מדידות והתקיים דיון נוסף בו נשמעו טענות העיריה בעניין זה; במישור הקנייני ציינה הוועדה כי ועדות התכנון אינן הגוף הרלוונטי לבחינת הזכויות המשפטיות בקרקע, והוסיפה כי במקרה זה בפני ועדת התכנון עמדה עמדת הגורמים המסמכים לפיה הדיירות המוגנת שהייתה לעירייה הסתיימה. באשר לטענה, כי היה מקום לקדם תב"ע להקמת המבנים צוין, כי התכנית עודנה תקפה ומאפשרת גמישות ושיקול דעת לוועדה במתן ההיתר.

11. על החלטה זו הגישה העיריה עתירה לבג"ץ (בג"ץ 8482/19), אשר נדחתה על הסף בשל קיומו של סעד חלופי בדמות פנייה לבית המשפט לעניינים מנהליים. בעקבות כך, הגישה העיריה עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים (עת"מ 20-02-23389), אשר הדיון בה אוחד עם העתירה שהגישה קודם לכן העמותה (עת"מ 19-12-44357).

12. ביני לביני, ביום 5.2.2020 חתם המפקד הצבאי על צו תפיסה נוסף בו נגרע אותו חלק מחלקות 110 ו-130, מתא השטח של התפיסה הצבאית, עליו אמור להיבנות פרויקט הבנייה. עדכון על כך הוגש לבית משפט זה במסגרת בג"ץ התפיסה.

ביום 28.2.2022 דחה בית משפט זה את עתירת העיריה לביטול צווי התפיסה מיום 7.4.2019 ובכלל זה צו התפיסה הנוסף מיום 5.2.2020 בדבר גריעת חלק מחלקות 110 ו-130 עליו אמור להיבנות הפרויקט.

ההליך בבית המשפט המחוזי ופסק הדין

13. בעתירה שהגישה טענה העמותה, כי היתר הבניה סוטה מהוראות התכנית המנדטורית שחלה על המקרקעין. הסטייה נעשתה שלא כדין תוך שימוש בהוראות הגמישות שכלולות בתכנית למרות היקף הסטייה שחייבה אישור של תב"ע חדשה. עוד טענה העמותה כי אי רישום פרוטוקול לסיור שנערך על ידי ועדת ההתנגדויות מהווה פגם שמצדיק ביטול ההחלטה וכן טענה לפגמים נוספים באשר לאי רישום פרוטוקול או הקלטה של הדיון הפנימי בוועדות.

14. בעתירה שהגישה, לאחר הגשת העתירה של העמותה, טענה גם העיריה לבטלות היתר הבנייה שניתן. לטענתה, הסמכות הבלעדית לדון בענייני תכנון ובניה בעיר חברון נתונה אך ורק לוועדה המקומית לתכנון ובניה של עיריית חברון. לטענתה, גם אם ייקבע קיומה של סמכות לוועדת התכנון, הרי שזו חרגה מסמכותה כאשר סטתה באופן מהותי מהתכנית. בעניין אחרון זה סמכה העיריה את ידיה על טיעוני העמותה. עוד טענה העיריה, כי החלטת רשויות התכנון התעלמה מזכויות הקניין שלה ומזכויותיה לדיירות מוגנת במקרקעין.

15. המשיבים טענו, מנגד, כי נטילת הסמכויות במקרה זה נעשתה בהתאם לסמכויות שנתונות למועצת התכנון העליונה מכוח סעיף 8(4) לחוק תכנון ערים, כפרים ובניינים, חוק זמני מס' 79 לשנת 1966 (להלן: חוק תכנון ערים) וסעיף 2 לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971 (להלן: צו 418), ולפי הנחיית הדרג המדיני. וזאת, לאחר שנמצא כי לאורך השנים הוועדה המקומית של העיריה אינה משתפת פעולה עם בקשות תכנוניות של ישראלים. במישור התכנוני, נטען כי אין מדובר בסטייה מהוראות התכנית הקיימת אלא בהפעלת הוראות הגמישות שקיימות בה. בהקשר זה הוסיפו המשיבים וטענו, כי אין להתערב בשיקול הדעת של

ועדת התכנון שלאחר בחינה מצאה כי יש לאשר את הבקשה. עוד נטען, כי מוסד תכנון רשאי לקיים סיור בשטח כחלק מהדיון הפנימי, אף ללא בעלי העניין הרלוונטיים, וזאת על מנת להתרשם באופן בלתי אמצעי מהמצב בשטח, ובסיטואציה זו אין חובה לערוך פרוטוקול. גם אם יימצא פגם באי עריכת פרוטוקול, אין המדובר בפגם היורד לשורש ההליך ואין לבטל את ההחלטה בגינו. כאשר לפרוטוקול הדיון הפנימי שנערך בוועדת ההתנגדויות נטען כי מדובר בהתייעצות פנימית שאין למסרה.

16. ביום 31.1.2021 נערך דיון במעמד הצדדים, בשתי העתירות במאוחד. בתום הדיון ניתנה החלטה שמורה למשיבים להגיש כתב תשובה שיתמקד בשאלת סמכותה של ועדת התכנון לדון בבקשה להיתר בניה ובטענות במישור התכנוני.

17. ביום 29.9.2021 ניתן פסק הדין, אשר דחה את טענות המערערות, הן במישור הסמכות הן במישור התכנוני. בית המשפט המחוזי קבע, כי לא נפל פגם בהחלטה להפעיל את הסמכות שמוקנית בצו 418 ובוודאי שאין לומר כי ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות כפי שנטען, משום שאין מקום להתערבות בשיקול הדעת התכנוני; כיוון שהחלטת ועדת ההתנגדויות נסובה על שיקולים מקצועיים וניתנה על רקע התשתית הראייתית שעמדה בפניה ביחס לבינוי במרחב ולכלל הנתונים הרלוונטיים, הגם שהיה על ועדת ההתנגדויות לרשום פרוטוקול שישקף את מהלך הסיור ולהעבירו לעיון הצדדים, אין מדובר בפגם היורד לשורש ההליך שעה שממצאי הסיור הובאו בפני כלל הנוגעים בדבר ואף התאפשר להם לטעון כנגדם.

18. העמותה והעיריה לא השלימו עם פסק הדין והגישו את הערעורים שלפנינו. ביום 15.11.2021 ניתן צו זמני בערעור לפיו:

”המשיבים יימנעו מהריסה או פגיעה במבני התחנה המרכזית של העיר חברון הקיימים במתחם רובע חזקיה, או חלק מהם, וזאת עד להכרעה בערעור”.

הטענות בערעורים

19. עיריית חברון טוענת כי בית המשפט המחוזי שגה בתוצאה אליה הגיע שעה שלא קיבל את טענות העיריה לפיהן: החלטת מוסדות התכנון מושא הערעורים, ניתנה בחוסר סמכות; ההיתר שאושר אינו מתאים לתכנית המתאר המנדטורית שחלה על המקרקעין; החלטת רשויות התכנון התעלמה מזכויות הקניין של העיריה; המשיבים הפרו את זכות

השימוע שעומדת לעירייה ולתושבי העיר ולא גילו מסמכים מהותיים; מדובר בהחלטה שרירותית אשר נעדרת תשתית עובדתית ומבוססת על שיקולים זרים ופסולים.

20. העמותה טוענת כי בית המשפט המחוזי שגה בתוצאה אליה הגיע עת דחה את טענות העמותה לפיהן: היתר הבנייה ניתן בחריגה מסמכות ותוך סטייה מהוראות התכנית המנדטורית שחלה בהיבטים תכנוניים שונים, משהבנייה שאושרה מכוחו חורגת באופן מהותי מהמצב התכנוני המאושר; היתר הבנייה שניתן אישר חריגות בעניין מספר הקומות, בינוי תת קרקעי, גובה הבניין וקווי בניין על בסיס תשתית עובדתית שגויה; לא נרשמו פרוטוקולים ביחס לסיורים שנערכו ולא ניתנה זכות טיעון ביחס לממצאים שנמצאו בהם.

21. המדינה והאגודה סומכות את ידיהן על התוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי. לגישתן, החלטות ועדות התכנון ניתנו בסמכות ועל בסיס תשתית עובדתית ראויה, תוך שימוש בהוראות התכנית המנדטורית הרלוונטית ולא בסטייה ממנה, תוך שמירה על הזכויות הדיוניות של העיריה (זכות השימוע, גילוי מסמכים, רישום פרוטוקול). לטענתן, אין בסיס לטענת העיריה בדבר פגיעה בזכויותיה הקנייניות. טענת העיריה בהקשר זה נטענו בעלמא והיא גם לא נקטה מעולם בצעד משפטי להגן על "זכותה". כך או כך, אין זה מעניינם של מוסדות התכנון לעסוק בטענות לזכויות קניין. בנסיבות בהן ההיתר ניתן על ידי רשויות התכנון בסמכות ותוך שימוש בשיקול דעתן המקצועי, צדק בית המשפט המחוזי משדחה את טענות המערערות. כך יש לעשות בהליך שלפנינו.

דיון והכרעה

22. אפתח בטענות העיריה בדבר זכויותיה הקנייניות בשטח הפרויקט בו ניתן היתר הבנייה, בסמכות רשויות התכנון הרלבנטיות, בכלל, לאשר את הפרויקט ובסמכותן לתת את ההיתר כפי שניתן. אמשיך בטענות העיריה והעמותה בסוגיות התכנוניות שעולות מהתכנית. אסיים בטענות ביחס להתנהלות הדיונית של מוסדות התכנון.

לטענות הקנייניות

23. הערעורים שלפנינו מכוונים נגד ההליך התכנוני של הפרויקט והתכניות שבבסיסו. הגם שערעור העיריה הוא "תכנוני", והעיריה לא ביקשה בשום שלב סעד קנייני, העיריה הרחיבה וטענה, הן לפני רשויות התכנון הן בבית המשפט המחוזי והן

לפנינו, בדבר הזכויות הקנייניות במקרקעין שעליהם חלה התכנית. בבג"ץ 419/14 עיריית סלואד נ' שר הבטחון, פסקה 4 (6.1.2020) (להלן: עניין סלואד) נקבע, כי:

"על פי הדין החל במדינת ישראל, הזהות המדויקת של בעלי זכויות הקניין הפרטי במקרקעין אינה עומדת בלב הליך התכנון, שכן הליך התכנון לא נועד לשנות זכויות קניין אלא לקבוע את השימוש במקרקעין. כמובן שזהות בעלי הזכויות במקרקעין היא בעלת משמעות גם מבחינה תכנונית, למשל בדמות הזכות להתנגד לתכנית או במסגרת הליכי איחוד וחלוקה; אך ככלל תוקף התכנית אינו תלוי באופן בלעדי בהסכמת בעלי זכויות הקניין במקרקעין שעליהם היא חלה, או בבירור הזהות המדויקת של כולם".

בהתאם להלכה זו, רשויות התכנון, בענייננו, לא ראו לנכון, ובצדק, להידרש לטענות הקנייניות של העיריה. אמנם בעניין סלואד ערך בית משפט זה דיון בזכויות הקניין במקרקעין מושא התכנית אלא שדיון זה, שנערך בשל המצב הייחודי שחל על המצב התכנוני באזור יהודה ושומרון, לא היה דיון "קנייני" שנועד לבחון את זכויות הקניין, אלא דיון "מנהלי" שנועד לבחון האם התכנית עומדת באמות המידה המוצהרות שבבסיסה. ראו עניין סלואד, בפסקה 4:

"ככל שגבולות התכניות עוצבו בהתבסס על ההנחה שהמקרקעין אינם בבעלות פרטית פלסטינית, אך לפי התשתית המנהלית הנחה זו אינה נכונה – ישנה הצדקה להתערב בהחלטה התכנונית. לעומת זאת, אם מנקודת המבט המנהלית לא הונחה תשתית לכך שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית פלסטינית, אין הצדקה – בהיבט זה – להתערבות בית המשפט בהליך התכנוני".

בענייננו, מנקודת המבט המנהלית, אין מקום להתערבותנו בהיבט הקנייני, בהליך התכנוני. הטעם לכך הוא כי לפני רשויות התכנון הונחו ראיות מנהליות ברורות בדבר היות המקרקעין רכוש ממשלתי (אדמות יהודים) ובדבר הזיקה של האגודה למקרקעין שהקנתה בידה את הכוח להגיש את הבקשה להיתר. בנסיבות אלה הבמה לבירור טענות העיריה לזכויות כאלה ואחרות במקרקעין אינה לפני רשויות התכנון, ומשכך דין הטענות בהקשר זה להידחות.

24. המסגרת הנורמטיבית שחלה באזור יהודה ושומרון מורכבת מרבדים שונים: כללי המשפט הבינלאומי, הוראות החוק הירדני כפי שהיו בתוקף ביום 7.6.1967 אלא אם שונו על ידי המפקד הצבאי בתחיקת ביטחון, וכללי היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (בג"ץ 358/18 עיריית חברון נ' מדינת ישראל (30.6.2019)). החקיקה הירדנית הרלוונטית לענייננו היא חוק תכנון ערים שכונן את מוסדות התכנון והבנייה באזור. בהסדר שבחוק תכנון ערים הירדני הוכנסו מספר שינויים על ידי תחיקת הביטחון. העיקרי בהם הוא צו 418, שהביא, בין היתר, לשינוי במבנה מוסדות התכנון באזור. סעיף 2(2) לצו 418 קובע, כי סמכות שניתנה בחוק לתכנון ערים הירדני לוועדה מחוזית "תהיה נתונה למועצת התכנון העליונה". סעיף 7א לצו זה קובע כי מועצת התכנון העליונה רשאית להקים ועדות משנה ולאצול להן סמכויות. מכוח סמכות זו הקימה מועצת התכנון העליונה, בין היתר, את ועדת המשנה לתכנון (לסקירת המצב החוקי ראו בג"ץ 10408/06 קבהה נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון (25.9.2007); בג"ץ 5667/11 מועצת הכפר דיראת-רפעיה נ' שר הביטחון (9.6.2015)). סעיף 7(2) לצו 418 קובע, כי מועצת התכנון העליונה רשאית: "ליטול לעצמה כל סמכות שנתונה לוועדה מן הוועדות הנזכרות בסעיפים 1 ו-2".

טענות כנגד תוקפו של צו 418 נדחו בפסיקה, תוך שנקבע כי פרסומו של הצו התחייב מן הצורך לקיים פעולות תכנון ובניה בשטח המוחזק, ולולא הוקמו הרשויות התכנוניות, לא ניתן היה להקים כדין אף לא מבנה אחד בתוך השטח (בג"ץ 4154/91 דודין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד מו(1) 89 (1991)).

25. במהלך השנים התברר, כי הוועדה המקומית של עיריית חברון לא מקדמת בקשות תכנוניות מטעם ישראלים (ראו למשל ע"מ 1883/21 עיריית חברון נ' שר הביטחון (4.11.2021) (להלן: עניין עיריית חברון); בג"ץ 356/13 עיריית חברון נ' המנהל האזרחי (28.6.2017) שדן בעניין "בית רומנו" בחברון; עת"מ (ים) 6666-12-20 עיריית חברון נ' שר הביטחון (4.3.2021)). בנסיבות אלה פעלה מועצת התכנון העליונה, גם במקרה שלפנינו, לנטילת הסמכויות מידי עיריית חברון בהתאם להוראות צו 418, כפי שנעשה במקרים אחרים בעבר. הדיון לפני ועדת התכנון נעשה בהתאם להוראות מינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה ושומרון), התשס"ט-2009.

26. נוכח הטענות בדבר אי שיתוף פעולה, שלא נסתרו, ועל מנת לאפשר קיום פעולות תכנון ובניה לבקשת תושבי חברון הישראלים בהינתן המורכבות הייחודית בעיר חברון, לא מצא בית המשפט המחוזי כי נפל פגם בהחלטה להפעיל את הסמכות המוקנית בצו 418, ובוודאי שאין לומר כי ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות כפי שנטען.

לא מצאתי כי נפל פגם במסקנתו זו של בית המשפט המחוזי. פסק הדין של בית המשפט המחוזי הינו פסק דין מפורט ומנומק, אשר התחשב במכלול הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובכלל זה בהיעדר שיתוף הפעולה של עיריית חברון בכל הנוגע לבקשות תושבי חברון הישראלים. לעניין זה, יפות קביעותיו של בית משפט זה בעניין עיריית חברון, בפסקה 7, כדלהלן:

"כפי שעולה מתגובת המשיבים, משך שנים ניסו המשיבים לפעול בשיתוף פעולה עם עיריית חברון ועם הווקף כדי לקדם את נושא הנגשת האתר, אך כל הפניות נתקלו בחוסר היענות. משכך, ולאחר מיצוי הניסיונות לבצע את ההנגשה בתיאום ובשיתוף פעולה, לא נותרה למשיבים ברירה אלא לפעול בעצמם, תוך נטילת הסמכויות מהעירייה בהתאם להוראת סעיף 7(2) לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971. צו זה מאפשר למועצת התכנון העליונה "ליטול לעצמה כל סמכות הנתונה לוועדה מן הוועדות הנזכרות בסעיפים 2 ו-5" לצו. משנמנעו המערערים מלשתף פעולה בכל הקשור לתכנון ההנגשה, לא היה מנוס מליטול את הסמכויות של העירייה והווקף מכוח הצו הנ"ל. כפי שציין בית משפט קמא, אין זו הפעם הראשונה שהמשיבה 4 מפעילה סמכות זו, והדבר נעשה גם בעבר, עת נוצר הצורך להקים מבנה שירותים עבור המבקרים במערת המכפלה. (ההדגשות הוספו – ש' ש')."

להיבטים התכנוניים

27. על המקרקעין מושא ענייננו חלה תכנית המתאר המנדטורית לעיר חברון. התכנית פורסמה בתרגום לשפה העברית ביום 14.6.1945. התשריט שבצדה פורסם ביום 12.4.1944 (להלן: התכנית המנדטורית). בהתאם לתכנית המנדטורית בשטח המיועד לפרויקט (אזור מגורים ג') מותר לבנות מבני מגורים עד שתי קומות וגובה מקסימלי של 9 מטרים ב-30% מהשטח עם קווי בניין של 5 מטרים בחזית קדמית ו-3 מטרים בצד המבנה ומאחור. עם זאת, קיימים בתכנית סעיפים שמאפשרים חריגה מההגבלות שבתכנית המנדטורית. כך, סעיף 1 לחלק ז' לתכנית המנדטורית מסמיך את הוועדה המקומית, בהסכמת הוועדה המחוזית:

"להעניק הקלה על מגבלה כל-שהיא שהוטלה בתכנית הזאת על שימושם של קרקע או בניין כל-שהם או הגבלה אחרת כל-שהיא הכלולה בתכנית הזאת לאחר שתביא בחשבון את השפעתה של אותה הקלה על הנכסים הסמוכים".

לצד סעיף גמישות כללי זה קיימים סעיפי גמישות נוספים ספציפיים בעניין גובה מבנים וקווי בניין. בפרק ד' לתכנית המנדטורית, שעוסק ב"גבהי בתים", נקבע כי הוועדה המחוזית רשאית, לפי המלצת הוועדה המקומית, להתיר הקמת בית בגובה שעולה על הגובה המקסימלי שבתכנית:

"כדי שגובה הבית הנ"ל יתאים לגובהו של כל בית סמוך שעולה על הגובה המקסימלי הנ"ל".

גם לעניין קווי הבניין קיים מנגנון גמישות ספציפי שקבוע בסעיף 2 לחלק ג' לתכנית המנדטורית, שקובע כי אם הוועדה המקומית סבורה כי גודלו וצורתו של מגרש מצדיקים הקלה לגבי מרווח החזית של בית באותו מגרש, רשאית היא, בהסכמת הוועדה המחוזית, להעניק הקלה כזאת.

28. אין מחלוקת שהבקשה שאושרה היא לבניין בן שש קומות שמגיע לגובה של כ- 24 מטרים מעל מפלס הרחוב, בכ- 58% מגודל המגרש; קו הבניין הצדי שגובל בחצר בית רומנו נע בין 0 מטרים ל-8.5 מטרים; קו בנין אחורי שגובל בחלקה 132 הוא כ-3 מטרים לאורך כל אורכו, למעט פינות המבנה עד ל-1.6 מטרים מגבול החלקה; קו בניין צדי הגובל בחלקה 109 נע בין 0 מטרים ל-4 מטרים; קו בניין קדמי הפונה לחלקת דרך נע בין 3 מטרים ל-7 מטרים, למעט פינת המבנה עד ל-1.6 מטרים מגבולות החלקה.

29. הטענה המרכזית של העמותה, אליה הצטרפה העיריה, מכוונת לאי ההתאמה בין בקשת ההיתר כפי שאושרה בוועדות התכנון לתכנית המנדטורית: גובה הבניין ומספר הקומות; אחוזי בניה; קווי בניין; ובנייה בתת הקרקע. לטענתן, סטיות אלה יוצרות שינוי משמעותי ביחס לקבוע בתכנית, שאינו ניתן לאישור מכוח הוראות הגמישות. לגישתן, מתן ההיתר בנסיבות אלה, מהווה חריגה מסמכות שכן אישורו של הפרויקט ככזה מחייב שינוי של התכנית המנדטורית. המשיבים טענו, מנגד, כי אין אנו עוסקים במצב של סטייה מהוראות התכנית אלא בהפעלת הוראות הגמישות שקבועות בתכנית לאחר הפעלת שיקול דעת של מוסד התכנון המוסמך.

30. בית המשפט המחוזי נדרש לטענות הצדדים ובחן את דרך הילוכן של מוסדות התכנון בכל הנוגע להפעלת סעיפי הגמישות שבתכנית ויישומן על הבקשה לה ניתן ההיתר. בית המשפט המחוזי מצא, כי השימוש שעשו מוסדות התכנון בסעיפי הגמישות בתכנית תואם את תכליתם – התאמת התכנית למציאות שמשנתה ולצרכים השונים שמתעוררים מזמן לזמן. מתקין התכנית המנדטורית הוא שראה לנכון לאפשר גמישות בהוראות התכנית והוא שראה לנכון להקנות למוסדות התכנון שיקול דעת רחב להגמיש את הוראות התכנית הן באופן כללי (סעיף הגמישות הכללי) הן בהיבטים ספציפיים שונים (גובה וקווי בניין). גם המערערות מודעות לכך, בפרט העיריה שטענה טענה זו בשפה רפה (לא מן הנמנע כדי לא לפגוע בשיקול הדעת שלה שיופעל ביחס לבקשות שתונחנה לפניה). מכאן ניסיוןן של המערערות לעטות את החלטות מוסדות התכנון באצטלה של חריגה מסמכות. דא עקא, שעניינו בהוראות גמישות שמהוות חלק אינטגרלי מהתכנית המנדטורית להבדיל ממנגנון של הקלה, שמוכר בחוק התכנון והבנייה הישראלי, לו מכוונות המערערות, ושנועד לאשר בנייה שחורגת/סוטה מהוראות התכנית. בעניינו אין מדובר בסטייה מהתכנית אלא בהפעלת שיקול דעת של רשויות תכנון ליישום הוראות גמישות שקבועות בתכנית עצמה. קבלת טענות המערערות בהקשר זה כמוה כריקון הוראות הגמישות מתוכן. לפיכך, איננו מצויים במישור של סמכות וחריגה ממנה אלא במישור הפעלת שיקול דעת של מוסדות תכנון ביישום הוראת תכנון שנמצאת בתכנית, במקרה פרטני שהונח לפניהם. נימוקיו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה מצויים, אפוא, בגדרי שיקול הדעת של מוסדות התכנון ומכאן סמכותו המוגבלת כבית משפט לערעורים מנהליים להתערב בהם.

31. עיון בהחלטת ועדת התכנון מלמד, כי הבקשה אושרה תוך שימוש בסעיפי הגמישות ולאחר הפעלת שיקול דעת. ההחלטה פירטה באריכות את ההצדקה לכך (עמ' 2 לעת/2 מטעם העמותה). החלטה זו עברה ביקורת במסגרת הליך הערר לפני ועדת המשנה להתנגדויות אשר הגיעה למסקנה לפיה בקשת ההיתר אושרה תוך שימוש מושכל בסעיפי הגמישות לא לפני שהיא עצמה ערכה סיור במקום, התרשמה מגובה הבנייה באזור (לעניין מספר הקומות וגובה הבניין) ומצפיפות המבנים (לעניין קווי הבניין) והביאה בחשבון את ההשפעה של השינויים שהתירה מכוח סעיפי הגמישות על הנכסים הסמוכים. כך גם לגבי הבנייה התת קרקעית שגם אותה התיירו מוסדות התכנון מכוח סעיף הגמישות הכללי, הגם שאין בתכנית התייחסות מפורשת לבניית מרתפים וחניונים תת קרקעיים, תוך שימת לב שהדבר לא פוגע במבנים סמוכים. זאת ועוד, לפני מוסדות התכנון הוצגו ממצאים לפיהם קיימים בעיר חברון מבנים תת קרקעיים שמשמשים למגורים וחניונים וכן צוין שהעירייה לא זו בלבד שנותנת היתרי בנייה לחניונים תת קרקעיים אלא מחייבת מתכננים/יזמים לתכנן פתרונות חנייה תת קרקעיים.

32. בית משפט זה עמד על החשיבות בהותרת גמישות למוסדות התכנון להתאים תכניות מתאר למציאות המשתנה בע"א 1054/98 חוף הכרמל בע"מ נ' עמותת טבע ודין פ"ד נו(3) 385 (2002) (להלן: עניין חוף הכרמל). בעניין זה הובהר, כי רצוי לאפשר שינויים בתכנית שנותרה בתוקף במשך שנים ארוכות כך שתתאים לנסיבות ולצרכים השונים שמתעוררים עם חלוף הזמן. בענייננו התכנית הקנתה למוסדות התכנון סמכות לשינויים כאמור בהתאם לשיקול דעתם. ניסוחו של סעיף הגמישות הכללי מכוון לשיקול דעת רחב ובלבד שמוסדות התכנון יתנו את דעתם על השפעת השינויים על הנכסים הסמוכים. כך עשו מוסדות התכנון בענייננו בהתבסס על תכנית המתאר המנדטורית, משנת 1944, וסעיפי הגמישות שמצויים בה. התוצר התכנוני שיצא תחת ידי מוסדות התכנון הינו פועל יוצא של התאמת הוראות התכנית לצרכי הזמן והמקום. אמנם, בעניין חוף הכרמל הקפיד בית משפט זה להבהיר כי אין לעשות שינויים מפליגים או שינויים שמשנים את אופייה של התכנית. אינני סבור שזה המצב בענייננו שעה שהסתבר שהבינוי בבקשה אינו זר לסביבה כאשר במרחב עליו חלה התכנית המנדטורית קיימים מבנים בגובה המבוקש ואף יותר וכי הבנייה במרחב העיר צפופה אף יותר מהקבוע בהוראות התכנית ובניינים רבים בנויים בקווי בניין 0. ממצאים אלה, שעלו גם מהסיורים שערכו מוסדות התכנון הצדיקו את אישור התכנית, על בסיס סעיפי הגמישות, בחריגה מגבולות קווי בניין, אחוזי בנייה וגובה הבניין.

33. בנסיבות אלה, לא ניתן לומר כי מוסדות התכנון חרגו מסמכותם, נהגו בחוסר תום לב או נהגו בחוסר סבירות קיצוני, מה שהיה מצדיק התערבותו של בית המשפט המחוזי בהחלטה בדבר מתן ההיתר. על רקע ההלכה לפיה בית המשפט אינו "מתכנן על" והוא אינו מעמיד את שיקול דעתו המקצועי תחת שיקול דעתן של רשויות התכנון, נכון עשה בית המשפט המחוזי כאשר דחה את הערעורים משהונחו לפניו. וכך סיכם בית המשפט המחוזי וקבע:

"כפי שמתברר, הבניה בחברון במהלך השנים מאז אושרה התכנית המנדטורית לא קפאה על מקומה, ובאזור הרלוונטי נבנו מבנים החורגים מהגובה ומקווי הבניין הנקובים בתכנית. התכנית המנדטורית מאפשרת מפורשות בניה בגובה "שיתאים לגובהו של כל בית סמוך", גם אם זה חורג מהגובה המקסימלי שהותר בה (סמכות זו נתונה בתכנית לוועדה המחוזית, שסמכותה ניתנה למועצת התכנון העליונה על פי צו 418, והואצלה לוועדת התכנון), וכפי שניתן להיווכח, גובהו של הבנין שבנדון אכן מתאים לגובה הבית הסמוך ("בית רומנו"). גם לעניין קווי הבניין נעשה שימוש בהקלות שניתנו

בתכנית עצמה לאור צורתו של המגרש (פרמטר המצויין בהוראת הגמישות הספציפית) ותוך בחינת ההשפעה על הנכסים הסמוכים (כקבוע בהוראת הגמישות הכללית). באשר לחניה התת-קרקעית, הרי שזו מהווה ביטוי לצורך בהתאמת התכנית למציאות המתחדשת, המתאפשרת על ידי הוראת הגמישות הקיימת בתכנית המנדטורית, שאושרה כאמור בשנת 1945. הוועדות בחנו את השפעת החריגות על הנכסים הסמוכים, לרבות לאחר שערכו סיור במקום והתרשמו מאופי הבניה באזור, ועל רקע מכלול הנתונים הגיעו למסקנה כי יש לאשר את בקשת ההיתר. החלטת ועדת ההתנגדויות לדחות את העררים ולאשר את הבקשה נסמכה על שיקולים מקצועיים וניתנה על רקע התשתית הראייתית שעמדה בפניה ביחס לבינוי במרחב ולכלל הנתונים הרלוונטיים, ובנסיבות שפורטו לא ניתן לומר כי היא בלתי סבירה במידה המצדיקה התערבות בית המשפט.

34. אשר לטענה בדבר היות המבנים מבנים עתיקים ומיועדים לשימור – ועדת התכנון ראתה לנכון, לאחר הפצת ההחלטה שאישרה את הבקשה, להתכנס בשנית כדי לבחון את הטענה. לצורך כך ביקשה וקיבלה חוות דעת של קצין מטה ארכיאולוגיה. מחוות הדעת עולה, כי המבנים עצמם אינם מבנים עתיקים או מבנים שמיועדים לשימור. עם זאת נקבע, כי אותם חלקים במבנים, חזיתות המבנים, ישומרו על דרך של פירוק והרכבה מחדש, כדי לשמור על צביון השכונה. מכאן, אין בהחלטת הוועדה כל אישור להרוס מבנים עתיקים שמיועדים לשימור וממילא אין רלוונטיות לפסיקה ולטיעון הנרחב שהובא בעניין זה על ידי העיריה. החלטת ועדת התכנון בעניין זה, מיום 16.11.2017, שמבוססת על חוות דעת וסקר הנדסי, מאזנת בין צרכי השעה לרגישות המתחייבת מאופייה של השכונה.

להתנהלות הדיונית

35. לטענת העיריה הבקשה להיתר לא פורסמה ברבים ולא ניתנה לה ולתושבים הפלסטיניים תושבי המקום הזכות להשמיע את קולם טרם ההחלטה שהתקבלה בוועדת התכנון. במהלך הדיון מיום 18.10.2017, הדיון הראשון שהתקיים לפני ועדת התכנון הובהר לבא כוח העיריה כי לא קבועה בדין זכות להגשת התנגדות בשלב הדיון בבקשת ההיתר (סעיף 36(3) לחוק התכנון הירדני) להבדיל מזכות להגשת ערר על ההחלטה (סעיף 36(1) לחוק התכנון הירדני). בא כוח העיריה התבקש להצביע על מקור בדין לזכותו זו. לא הוצג מקור כאמור, אף לא בפנינו. למרות זאת, הותר לבא כוח העיריה להשתתף בדיון והוא מיקד טענותיו בזכויות הקנייניות שיש לעירייה במקרקעין שכן לא היה סיפק בידו לבחון את הבקשה מבחינה תכנונית. ההחלטה שהתקבלה בוועדת התכנון הופצה

ופורסמה והעיריה ניצלה את זכותה והגישה ערר שנידון לפני ועדת המשנה להתנגדויות, שם היא פירטה את כל טענותיה התכנוניות. בנסיבות אלה לא ניתן לומר שנפגעה זכות הטיעון/השימוע שעמדה למי שנפגע מהבקשה. זו ניתנה והתקיימה, בהתאם לדיון, לפני ועדת המשנה להתנגדויות.

עוד טענה העיריה לאי גילוי מסמכים מהותיים בדמות החלטות הדרג המדיני, חוות דעת משפטית בדבר הזכויות בקרקע, מסמכי הקצאת הקרקע למבקשי ההיתר ו/או כל מסמך אחר שמעיד על זיקתם של מבקשי ההיתר לקרקע. בכך, טוענת, נפגעה זכות הטיעון/השימוע שלה. המסמכים אליהם מכוונת העיריה מתייחסים להחלטות הדרג המדיני ולשאלת נטילת הסמכות. המסמכים לא נוגעים לבקשה להיתר ואין בהם כדי לסייע לביסוס ההשגות התכנוניות נגד הבקשה. סוגיית נטילת הסמכות נבחנה על ידי רשויות התכנון כמו גם סוגיית הזיקה של מבקשי ההיתר אליה נחשפה העיריה בשלב הדיון בבקשה. מוסדות התכנון גם נתנו דעתם על יפויי הכוח וההרשאה לתכנון שניתנה מכוחם, כמו גם על חוות הדעת בדבר הזכויות הקנייניות בקרקע, שהינה פרי דיון פנימי של גורמי המנהל האזרחי, ואין לעירייה זכות מוקנית לעיין בהם. כך או כך, בחינה כוללת של ההליך התכנוני, על כל שלביו, מלמדת כי לא נפל, בהקשר זה, פגם שיורד לשורשו של ההליך התכנוני.

36. העמותה מלינה על אי רישום פרוטוקול שמתעד את הסיוורים שערכו מוסדות התכנון טרם הדיונים שהתקיימו לפנייהם. מוסדות התכנון ערכו שני סיוורים במקום. האחד של ועדת התכנון טרם הדיון שהתקיים ביום 16.10.2017. השני של ועדת המשנה להתנגדויות טרם שנתנה החלטתה בעררים שהוגשו על ידי המערערות. אין מחלוקת על כך שלא נרשמו פרוטוקולים. עובדה זו לא נעלמה מעיניו של בית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי הכיר בכך שמדובר בפגם דיוני שנפל במעשה מנהלי. שאלה אחרת אם התוצאה היא ביטול ההחלטות של מוסדות התכנון. התשובה לכך היא שלילית. הגמישות שמאפשרת תורת הבטלות היחסית לא מובילה בהכרח לבטלות המעשה המנהלי, אפילו אם מדובר בפגם מהותי. במקרה שלפנינו ציינה ועדת התכנון בפתח הדיון לפנייה ביום 16.10.2017, את העובדה שקיימה סיור במקום ופרטה את הממצאים שעלו ממנו תוך הפנייה למוצג רלוונטי (עמודים 4-5 לפרוטוקול הדיון, עת/2 למוצגי העמותה). בדיון נכח בא כוח העירייה כך שניתנה לו ההזדמנות להתייחס לממצאים שעלו הן בדיון לפני ועדת התכנון הן במסגרת הערר שהגישה לוועדת המשנה להתנגדויות. בהינתן שהמצב העובדתי בשטח ידוע ומוכר לעירייה ולנציגיה, אינני סבור שמדובר בפגם מהותי שיש בו כדי להביא לבטלותה של החלטת ועדת התכנון. בה במידה אין בעובדת אי רישום

פרוטוקול הסיור שנערך על ידי ועדת המשנה להתנגדויות כדי להביא לבטלות החלטתה לדחות את ההתנגדות.

37. משבאנו לכאן, אציע לחבריי לדחות את שני הערעורים ולחייב את המערערות, יחד ולחוד, לשלם למשיבים 7-1 בע"מ 7061/21 סך של 10,000 ש"ח, ולמשיבים 8-9 בע"מ 7061/21 סך של 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט י' אלדון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ש' שוחט.

ניתן היום, כ"ז בניסן התשפ"ב (28.4.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט